

**Der Bankvertrag, ein Beitrag zur
Dogmatik des Bankrechts**

Horst W. Altjohann

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Bankvertrag, ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

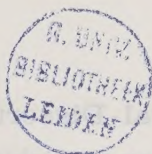
Horst W. Altjohann
aus Gummersbach

München 1962

Referent: Professor Dr. H. KRAUSE

Correferent: Professor Dr. E. ULMER

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juli 1962



M E I N E N L I E B E N E L T E R N

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung

§ 1	Der Gegenstand der Untersuchung	12
§ 2	Der Bankvertrag in der Literatur	16
§ 3	Die Systematik der Untersuchung	28

B. Erster Hauptteil

§ 4	Die Entwicklung der AGB	30
§ 5	Der Inhalt der AGB	33
§ 6	Geltungsgrund und Rechtsnatur der AGB in Rechtsprechung und Literatur	39
§ 7	Die AGB als Rechtsnormen	40
§ 8	Die AGB als Richtlinienvertrag	67
§ 9	Die generelle Vereinbarung von Einzelbestimmungen der AGB	82

C. Zweiter Hauptteil

§ 10	Die rechtliche Bedeutung der Geschäfts- besorgung	108
§ 11	Die Geschäftsbesorgung im Bankverkehr	112
§ 12	Die rechtliche Bedeutung des Vorvertrages	120
§ 13	Der Vorvertrag im Bankverkehr	124

D. Schlußteil

§ 14	Bankvertrag und Bankrecht	131
------	---------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis:

BankA	Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen
Bankwirtschaft	Bankwirtschaft, neue Folge von Bankarchiv und Die Bank
Betrieb	Der Betrieb
BB	Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DRIZ	Deutsche Richterzeitung
Iherings Jahrb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MHB	Monatsschrift für Handels- und Bankwesen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone (Köln)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
WM	Wertpapiermitteilungen, Teil IV B
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZAIP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

B e r n h a r d t , Wolfgang,
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen,
in DR 1942,1171 ff.

B e r n i c k e n ,
Sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken
stempelpflichtig ?
in BankA 25/26,469 ff

B r e i t , James,
Die Geschäftsfähigkeit,
Leipzig 1903 (zitiert: Geschäftsfähigkeit)

derselbe,
Schutz der Banken gegen Geisteskranke durch Geschäfts-
bedingungen,
in BankA 11,140 ff.

B r u n n , J. H. von,
Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen
Wirtschaft,
2. Auflage, Köln-Berlin 1956

D a n z , Erich,
Sind alle Rechtsgeschäfte eines Geisteskranken nichtig ?
in JW 1913,1016 ff.

derselbe,
Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung
auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs,
Berlin 1909 (zitiert: Treu und Glauben)

D e r m i t z e l - P o l l e m s ,
Recht der Banken,
Frankfurt a.M. 1949

D r o s t e ,
Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in Betrieb Beil. 10/57

D ü r i n g e r - H a c h e n b u r g ,
Das Handelsgesetzbuch, Kommentar,
3. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1930/32

E h r l i c h , Eugen,
Das zwingende und nicht zwingende Recht,
Jena 1899

E n g i s c h , Karl,
Einführung in das juristische Denken,
Stuttgart 1956

Ennecerus - Lehmann ,
Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung, Tübingen 1958

Ennecerus - Nipperdey ,
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Auflage, Tübingen 1959/60

Esser , Josef,
Schuldrecht,
2. Auflage, Karlsruhe 1960

Fischer , Robert,
Die allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen,
in BB 1957, 481 ff.

Forsthoff , Ernst,
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band,
7. Auflage, München-Berlin 1958

Gallois , Hermann,
Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht und allgemeine Geschäfts-
bedingungen im Rechtsleben,
in JR 1956, 45 ff.

Gierke , Julius von,
Handelsrecht und Schifffahrtsrecht,
8. Auflage, Berlin 1958 (zitiert: Handelsrecht)

derselbe,
Sachenrecht,
2. Auflage, Berlin 1928

Godin , von,
RGR-Kommentar zum HGB, 3. Band,
2. Auflage

Hamann , Andreas,
Das Grundgesetz, Kommentar,
Berlin-Neuwied-Darmstadt 1956

Haupt , Günter,
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken,
Leipzig 1937

Haus , Rudolf,
Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteilig-
ten Interessentengruppen,
Bonn 1936

Heilbrunn , Otto,
Die rechtliche Bedeutung der allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen der Banken,
in JW 1931, 2281 f.

H e r o l d , Hermann,
Bank- und Börsenrecht,
Berlin-Frankfurt a.M. 1956

H e r s c h e l , Wilhelm,
Die Vertragsordnung als Rechtsnorm,
in DR 1942,753 f.

H u b e r , Ernst Rudolf,
Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Band,
2. Auflage, Tübingen 1953

H u e c k , Alfred,
Normenverträge,
in Iherings Jahrb. 73,33 ff.

derselbe,
Recht der Wertpapiere,
7. Auflage, Berlin-Frankfurt a.M. 1957 (zitiert: Wertpapier-
recht)

H u r s t , Werner,
Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäfts-
bedingungen abbedungen werden? Dissertation,
Köln 1958

J u n g , Erich,
Wichtige Fragen des Bankrechts,
in ZHR 107,1940,56 ff.

K i e h n s c h e r f , Erich,
Widerruf und Anfechtung eines Giroüberweisungsauftrages,
Mainz 1955

K l a u s i n g ,
Der Krediteröffnungsvertrag,
in ZAIP Jahrg. 6, Sonderheft

K o c h , Arwed,
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken,
Jena 1932, (zitiert: Geschäftsbedingungen)

derselbe,
Banken und Bankgeschäfte,
Jena 1931 (zitiert: Bankgeschäfte)

derselbe,
Bankrecht,
in Bankwirtschaft 1944,230 ff.

derselbe,
Das Recht der Barzahlung im Bankverkehr,
in ZHR 107,273 ff.

derselbe,
Der Warenkredit der Banken und seine Sicherstellung,
Jena 1922 (zitiert: Warenkredit)

K o e n i g e - T e i c h m a n n - K o e h l e r ,
Handelsgesetzbuch, Kommentar,
2. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1929

K r a p f , Georg,
Der Kontokorrentvertrag,
Bleicherode 1936

K r a u s e , Herrmann,
Auftragsbestätigung und allgemeine Geschäftsbedingungen,
in BB 52,996 ff.

derselbe,
Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des
Rechtsstaates,
in BB 55,265 ff.

K u h l e n b e c k ,
Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse,
in DJZ 10,1142 ff.

L a r e n z , Karl,
Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band,
3. Auflage, München-Berlin 1958 (zitiert: Lehrbuch)

derselbe,
Die rechtliche Bedeutung der Optionsvereinbarungen,
in Betrieb 1955, 209 ff.

derselbe,
Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960 (zitiert: Methodenlehre)

L e h m a n n , Heinrich,
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches,
12. Auflage, Berlin 1960 (zitiert: Lehrbuch)

L e o n h a r d , Rudolf,
Zur Gefahr der Geschäftsabschlüsse mit heimlichen
Geisteskranken,
in BankA 5,153 f.

L u k e s , Rudolf,
Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäfts-
bedingungen,
in Festschrift für Alfred Hueck, München-Berlin 1959

M e e s k e , Helmut,
Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäftsbedingungen,
in BB 59,857 ff.

Meyer - Cording , Ulrich,
Das Recht der Banküberweisung,
Tübingen 1951

Michael , Ulrich,
Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung,
Tübingen 1932

Müllereisert ,
Freie Allgemeine Geschäfts- und Liefer-Bedingungen als subjektives Fallrecht - für verbindlich erklärte oder "angeordnete" ALB und AGB als objektives Recht,
in DGWR 1942,111 ff.

Müller - Erzbach , Rudolf,
Deutsches Handelsrecht,
2. und 3. Auflage, Tübingen 1928

Nastelski , Karl,
Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen,
in DRiZ 1955,212 ff.

Nebelung ,
Gutschriften auf dem Konto pro Diverse,
in NJW 1959,1068 f.

derselbe,
Nochmals: Das Konto pro Diverse,
in NJW 1959,2195

Neustätter , Alfred,
Die Kontokorrentbedingungen der Banken,
Stuttgart 1921

Oertmann , Paul,
Zivil- und handelsrechtliches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht im Bankverkehr,
in BankA 6,137 ff.

Palandt , Otto,
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
19. Auflage, München-Berlin 1960

Pikart , Heinz,
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Bankvertrag,
in WM 1957,1238 ff.

Prost , Gerhard,
Staatliche Einflußnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,
in BB 55,1033 ff.

Raiser , Ludwig,
Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen,
Hamburg 1935

R e g e l s b e r g e r , Ferdinand,
Die rechtliche Bedeutung der sog. Geschäftsbedingungen
der Bankiers für die Kontokorrentverträge,
in BankA 5,169 ff.

R o s p a t t ,
Zum Pfandrecht der Banken auf Grund ihrer allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen,
in BankA 32,487 ff.

S c h l e g e l b e r g e r ,
Handelsgesetzbuch, Kommentar, 3. Band,
3. Auflage, Berlin-Frankfurt a.M. 1956

S c h l o B m a n n ,
Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der so ge-
nannten Realkontrakte,
in Iherings Jahrb. 45-46,1 ff.

S c h m i d t , Dirk,
Die Rechtsgrundlage der Konditionenregelung,
in ZKW 1961,74 ff.

S c h o e l e , Wilhelm Otto,
Das Recht der Überweisung,
Berlin 1937

S c h o l z , Hellmut,
Das Recht der Kreditsicherung,
2. Auflage, Berlin 1957

S c h w i n g e , Erich,
Grundlagen des Revisionsrechtes,
2. Auflage, Bonn 1960

S i c h t e r m a n n , Siegfried,
Bankgeheimnis und Bankauskunft,
Frankfurt a.M. 1957

S o e r g e l - S i e b e r t ,
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
9. Auflage, Stuttgart 1960

S t a u d i n g e r ,
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,
11. Auflage, Berlin

S t e i n - J o n a s ,
Kommentar zur ZPO,
18. Auflage, Tübingen 1956

S t r e i t g e s p r ä c h vom 7. 9. 1955
in Verhandlungen des Einundvierzigsten Deutschen Juristen-
tages, Berlin 1955,
Tübingen 1956 (zitiert: Streitgespräch)

Theisinger - Löffelholz ,
Die Bank, 2. Band,
Wiesbaden 1952

Trost - Schütz ,
Bankgeschäftliches Formularbuch,
15. Auflage, 1959

Tuhr , Andreas von,
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
2. Band, erste Hälfte,
München-Leipzig 1914

Ulmer , Eugen,
Kontokorrent,
in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und
Handelsrecht des In- und Auslandes,
Berlin 1936

Wacke , Gerhard,
Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung,
in ZAkDR 1936, 110 ff.

Weber , Wilhelm,
Treu und Glauben,
Sonderausgabe aus Staudingers Kommentar zum BGB,
Berlin 1961

Westermann , Harry,
Sachenrecht,
3. Auflage, Karlsruhe 1956

Wieczorek , Bernhard,
Zivilprozeßordnung, Kommentar,
Berlin 1956/57

Wimmer , Hans Herbert,
Schutz des Geschäftsverkehrs gegen unbekannte Verfügungs-
beschränkungen,
in Zeitgemäße Bankrechtsfragen, Berlin-Leipzig 1929

Woitte ,
Haftung und allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken,
1931

Wolff , Hans J.,
Verwaltungsrecht I,
3. Auflage, München-Berlin 1959

Wolff - Raiser ,
Sachenrecht,
10. Bearbeitung, Tübingen 1957

Wunschel ,
Rechtsfragen der Banküberweisung,
in NJW 1958, 1764 f.

A. Einleitung.

§ 1 Der Gegenstand der Untersuchung.

Gegenstand der Untersuchung ist der Bankvertrag als Institut des Bankrechts. Es muß gleich zu Anfang darauf hingewiesen werden, daß im vorhergehenden Satz durch die Bezeichnung "der" Bankvertrag die Untersuchung nicht auf die Prüfung eines speziellen Vertragstypus beschränkt werden soll, der eine einheitliche, geschlossene Materie zum Inhalt hat, wie z.B. der Versicherungsvertrag. Dieser dient doch trotz unterschiedlichen Inhalts nur dem einen Vertragszweck: der Übernahme eines Risikos durch den Versicherer für den Versicherungsnehmer. Es soll hier vielmehr auf alle Vorstellungen eingegangen werden, die sich über den Inhalt, ja überhaupt über das Vorhandensein eines Rechtsinstituts gebildet haben, das als Bankvertrag bezeichnet werden kann.

Im Untertitel wird darauf hingewiesen, daß mit der Abhandlung zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bankrechts geleistet werden soll. Dieses Rechtsgebiet ist im systematischen Zusammenhang bisher noch recht wenig behandelt worden; deshalb fehlt auch seine dogmatische Durchdringung. Koch ¹⁾ betrachtet es grundsätzlich als einen Teil des Wirtschaftsrechtes, gibt ihm aber insofern einen eigenen Rahmen, als er unter Bankrecht die Summe der Vorschriften versteht, welche die handelsgeschäftlichen Beziehungen der Kreditinstitute zu ihren Kunden, die gleichgerichteten geschäftlichen und organisatorischen Beziehungen untereinander und deren Verhältnis zum Staat als Aufsichtsorgan umfassen und regeln. Er unterscheidet von diesem nach verschiedenen Personenkreisen abgegrenzten Bankrecht ein Bankrecht im engeren Sinne. Dieses umfasse nur diejenigen

1. vgl. Bankwirtschaft 1944, 230

rechtlichen Bestimmungen, welche entweder allein die Kreditinstitute oder die allein von den Kreditinstituten ausgeführten typischen bankmäßigen Geschäfte betreffen. In großen Linien deckt sich die Definition des Begriffes Bankrecht, die von Koch vertreten wird, mit der Herolds¹⁾, der unter Bankrecht die Gesamtheit der Rechtsnormen versteht, die sich auf die Banken als solche beziehen und den für sie typischen Geschäftsbereich regeln. Mit dieser Definition des Bankrechts ist schon viel gewonnen, insofern als der äußere Rahmen abgesteckt worden ist. Das Bankrecht umfaßt also einen bestimmten Lebensbereich, den es seinen Eigenarten entsprechend regeln will.

Es ist damit aber noch nichts darüber gesagt, wie eine solche Regelung vor sich gehen soll. Mit anderen Worten: eine solche Definition sagt vieles über den Umfang, jedoch nur wenig über die innere Ordnung, die Systematik, die Dogmatik des Bankrechts.

Eine wesentliche Klärung wird hier ein tieferes Eingehen auf die Problematik des Bankvertrages als Rechtsinstitut, d.h. als Inbegriff der auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art bezüglichen Rechtsvorschriften²⁾ bringen. Abgesehen von der Frage, ob es überhaupt eine solche Rechtseinrichtung gibt, wird bei einer Bejahung ihrer Existenz auf ihre Stellung im Rahmen des Bankrechts besonderer Wert zu legen sein. Es wird u.a. geprüft werden müssen, ob dem Bankvertrag im Bankrecht eine ähnliche zentrale Stellung zukommt wie dem Versicherungsvertrag im Versicherungsrecht oder dem Arbeitsvertrag im Arbeitsrecht.

An dieser Stelle muß festgehalten werden, daß der Ausdruck "Bank" in den Begriffen Bankvertrag oder Bankrecht heute nicht mehr daraufhinweisen will, daß es sich hier

1. aaO. S. 1

2. vgl. hinsichtlich dieser Definition Lehmann, Lehrbuch S. 70

nur um Rechtsverhältnisse aus dem Geschäftsbereich der gemeinhin als Bank oder Geschäftsbank bezeichneten Kreditinstitute handelt. Die Entwicklung des Wirtschaftslebens - besonders seit dem zweiten Krieg - hat es mit sich gebracht, daß die Grenzen zwischen den überkommenen Kategorien der Kreditinstitute stark verwischt worden sind. Insbesondere ist die klassische Unterscheidung zwischen Sparkassen und Geschäftsbanken heute nahezu gegenstandslos geworden, da sich ihre soziologischen Grundlagen - die gesellschaftliche Struktur der Kundschaft - heute völlig verändert haben.

Während früher die Sparkassen vor allem die Aufgabe erfüllten, die Ersparnisse des "kleinen Mannes" zu sammeln, zu sichern und gegebenenfalls als Kleinkredite an die mittelständische Wirtschaft auszuleihen, treten die Sparkassen heute auch bei größeren Finanzierungsprojekten mit den Geschäftsbanken in Konkurrenz. Das hängt zum Teil mit den Konzentrationsbestrebungen in der Wirtschaft zusammen, die in immer stärkerem Maße nur noch Großbetrieben Entwicklungsmöglichkeiten bieten. Mit der Hebung der sozialen Stellung der Kleinkundschaft werden auch die Ansprüche an das Dienstleistungsgeschäft immer höher, so daß die Sparkassen ihren Geschäftsbetrieb weitgehend den Geschäftsbanken angleichen müssen. Dies zeigt sich besonders im Ansteigen des Wertpapier- und Depotgeschäftes, das durch die Einführung der Investmentfonds und der Volksaktien stark an Breite gewonnen hat.

Diese Tatsachen machen umgekehrt auch für die Geschäftsbanken, deren Aufgabe in früherer Zeit in erster Linie darin bestand, den Finanzbedarf der Industrie zu decken, das Geschäft mit dem Kleinkunden attraktiver. Sie bemühen sich um seine Spareinlagen und kommen ihm auch im Aktivgeschäft durch die Gewährung von Kleinkrediten entgegen. Dabei verzichten sie sogar weitgehend auf die banküblichen dinglichen Sicherheiten, die den neuen, überwiegend in abhängigen Arbeitsverhältnissen stehenden Kunden zumeist

auch garnicht zur Verfügung stehen, und setzen an ihre Stelle - wie die Sparkassen - das regelmäßige Einkommen des Kreditnehmenden und Bürgschaften.

Von dieser schnell ausgreifenden Entwicklung ¹⁾ werden nicht nur die Banken und Sparkassen, sondern auch andere Kreditinstitute, wie z.B. die Genossenschaftskassen, erfaßt. Das berechtigt dazu, den Begriff "Bank" in einem weiten, universellen Sinn zu verwenden. Ohne Rücksicht auf die gesellschaftsrechtliche Struktur der einzelnen Kreditinstitute dürfen wir daher die Begriffe Bankvertrag oder Bankrecht auf die Rechtsverhältnisse der Kreditinstitute schlechthin anwenden. Um der praktischen Handhabung willen werden jedoch die nachfolgenden Überlegungen weitgehend auf die Geschäftsbanken abgestellt werden, ohne daß damit jedoch ihre Gültigkeit auch für die anderen Arten der Kreditinstitute in Frage gestellt wird.

Wie auch das Ergebnis der Untersuchung ausfallen mag, in jedem Falle wird über die Klärung der Existenz des Bankvertrages hinaus auch auf den allgemeinen dogmatischen Aufbau des Bankrechts ein Licht fallen, soweit das Gebiet des Zivilrechts berührt wird.

1. Im Jahre 1960 nahmen die Kleinkredite bei der Commerzbank um ca. 50 % zu.
Bei der Zeichnung der VW-Aktien waren die drei Großbanken - Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank - mit über 30 % beteiligt.

§ 2 Der Bankvertrag in der Literatur.

Die Unsicherheit auf dem Gebiet des Bankrechts schlägt sich sehr deutlich in den unterschiedlichen Auffassungen über das Wesen des Bankvertrages nieder. Um einen Ansatzpunkt für die Untersuchung des Bankvertrages zu bekommen, sollen zunächst die einzelnen in der Literatur vorhandenen Auffassungen zu Wort kommen.

Es darf dabei nicht erwartet werden, daß die Erörterung des Bankvertrages nach einheitlich klaren Richtlinien erfolgt ist. Man vermißt vor allem eine Art von historischer Entwicklung des Begriffes. Dennoch folgt die Darstellung insofern dem Zeitablauf als sie mit dem erstmaligen Erscheinen des Begriffes Bankvertrag in der Literatur beginnt und bei den in der letzten Zeit geltend gemachten Meinungen endet. Dazwischen liegt eine breite Skala von Auffassungen, von denen zunächst die systematisch verhältnismäßig eindeutigen, dann die systematisch vielschichtigen, wenn nicht gar widersprüchlichen zur Darstellung gelangen. Dabei wird auf historische Reihenfolge keine Rücksicht genommen.

Zunächst wird auf Neustätters ¹⁾ Lehre einzugehen sein, der - soweit bekannt - die Bezeichnung "Bankiervvertrag" erstmals geprägt hat. Er vertritt folgende Auffassung:

Durch die Eröffnung des Kontos nach Unterzeichnung der Geschäftsbedingungen würden bestimmte Rechtswirkungen zwischen der Bank und dem Kunden ausgelöst. Es komme dabei nicht darauf an, ob bereits Aufträge des Kunden erledigt werden; es genüge, wenn die bestehenden Verhältnisse auf den Abschluß einer Reihe noch unbestimmter Geschäfte für längere Zeit schließen liessen.

1. aaO. S. 65 ff.

Die Bank sei aus diesem Vertrag verpflichtet, Zahlungen anzunehmen, die zu Gunsten des Kunden eingingen. Eine analoge Verpflichtung bestehe bei dem vom Bankvertrag zu unterscheidenden Girovertrag. Dabei bestehe im Gegensatz zum Giro- und Scheckkunden keine Verpflichtung, ein Guthaben in bestimmter Höhe bei der Bank zu unterhalten.

Der Kunde habe keinen Anspruch auf Einräumung eines Kredits. Eine solche Verpflichtung der Bank bedürfe einer besonderen Vereinbarung, die u.U. gleichzeitig mit dem allgemeinen Vertrag abgeschlossen werden könne. Zur Entgegennahme und Ausführung anderer Aufträge als derjenigen, die auf Verfügungen über das Bar- und Kreditguthaben gerichtet seien, - z.B. zur Diskontierung oder Einziehung von Wechseln - sei die Bank auf Grund des Bankvertrages nicht verpflichtet.

Ein im Verlauf der Geschäftsverbindung erteilter Rat sei als ein vertragsmäßiger aufzufassen, der eine Haftung des Raterteilenden begründe; denn es bestehe eine Beratungspflicht hinsichtlich aller Angelegenheiten, die mit der Bankverbindung im Zusammenhang ständen.

Scharf trennt Neustätter den Bankvertrag vom Kontokorrentvertrag und - wie schon oben angedeutet - vom Giro- und Scheckvertrag. Der letztere knüpfe allerdings an den Bankvertrag an; er verschärfe und verdichte diese allgemeinen Verpflichtungen.

Die Bestimmung des Rechtscharakters des Bankvertrages durch Neustätter ist sehr unklar. Vor allem ist die Abgrenzung des allgemeinen Vertrages zum Girovertrag kaum greifbar. Denn: was ist unter der Verschärfung und Verdichtung allgemeiner Verpflichtungen zu verstehen? Wen wundert da die Vielzahl der in recht unterschiedlichen Farben schillernden Auffassungen, die in der folgenden Literatur vertreten werden.

Esser ¹⁾ sieht im Bankvertrag einen Grundvertrag, der bei einer ständigen Geschäftsverbindung den Einzelabschlüssen vorausgeht und in dem die AGB ausdrücklich anerkannt werden. Allerdings widerspricht er sich insofern, als er die Verträge des Giro- und Inkassoverkehrs auch als Bankverträge bezeichnet ²⁾; denn nach seiner zunächst geäußerten Ansicht sind sie das eben nicht, sondern sie stellen Einzelverträge dar, die dem Bankvertrag nachfolgen. Es kann - wenn seine Auffassung so recht verstanden ist - zwischen der Bank und dem einzelnen Kunden grundsätzlich nur ein einziger Bankvertrag, wohl aber eine Vielzahl von Einzelverträgen abgeschlossen werden. Über die Anerkennung der AGB hinaus mißt Esser - wie Neustätter - dem Bankvertrag auch noch Bedeutung zu für die Haftung der Bank wegen Erteilung einer Auskunft nach § 676 BGB.

Auch Kiehnscherf ³⁾ unterscheidet zwischen dem Bankvertrag und dem Vertrag, auf Grund dessen das einzelne Bankgeschäft durchgeführt wird. Er ist der Ansicht, daß der Bankvertrag gegenüber dem Girovertrag das umfassendere Rechtsverhältnis darstellt.

Ebenso steht Gierke ⁴⁾ der von Esser vertretenen Auffassung nahe: Bankvertrag oder Bankiervertrag sei der Hauptvertrag, der die Geschäftsverbindung mit einer Bank herstellt. Er sei formfrei. Die AGB würden Inhalt des Vertrages durch Verkehrssitte oder durch Empfangsbestätigung. Von dem Bankvertrag aus würden die AGB dann später von selbst in die Einzelverträge übergleiten. Gierke knüpft also an die Geltung der AGB und die Eröffnung der Bankverbindung an, da die AGB typisch auf die Herstellung einer Bankverbindung gerichtet seien, aus der sich dann die verschiedenen einzelnen Bankgeschäfte der Kunden entwickeln sollen, die ihre Regelung durch den Bankvertrag im voraus erfahren hätten.

1. aaO. S. 42

2. aaO. S. 626

3. aaO. S. 9

4. Handelsrecht S. 490

Nach Dermitzel ¹⁾ setzt die Zusammenarbeit zwischen dem Kunden und der Bank grundsätzlich eine laufende Geschäftsverbindung, den sogenannten Bankvertrag, voraus. Neben der Anerkennung der AGB sieht er - im Gegensatz zu Neustätter - im Bankvertrag auch die Abrede über die Eröffnung und Führung des Kontokorrentkontos. Der Bankvertrag sei ein Rahmenvertrag, der die Regeln und Vorschriften festlege, die für die späteren Einzelgeschäfte zwischen Bank und Kunden maßgebend sein sollen.

Einen ganz anderen Standpunkt nimmt Hueck ²⁾ ein: Bankvertrag, Bankverkehrsvertrag oder Girovertrag seien nur verschiedene Bezeichnungen für denselben allgemeinen Vertrag, durch den sich der Kunde ein Konto bei der Bank einrichten lasse und die Bank sich verpflichte, Einzahlungen für den Kunden anzunehmen und Auszahlungen und Überweisungen in seinem Auftrag vorzunehmen. Ebenfalls Bestandteil dieses Vertrages sei die Scheckabrede.

Die Auffassung Huecks teilen Klee ³⁾ und Delorme ⁴⁾.

Schwer zu fassen ist die Konstruktion von Müller-Erzbach, wenn er sagt: "Geregelt werden in diesen AGB - daneben pflegen die Banken für besondere Vertragsbeziehungen z.B. für den Giro- und Scheckverkehr besondere Bedingungen herauszugeben - die Geschäftsbeziehungen, wie sie infolge jenes allgemeinen Bankvertrages zwischen der Bank und dem Kunden sich entwickeln. Dieser allgemeine Bankvertrag ist in der Hauptsache ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat." ⁵⁾

1. aaO. S. 3

2. Wertpapiere S. 105

3. ZKW 51,253

4. vgl. Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Frankfurt a.M. 1957, S. 208

5. aaO. S. 618

Müller-Erzbach setzt sich damit insofern zu Gierke in Widerspruch, als dieser nicht den allgemeinen Bankvertrag, sondern die einzelnen Geschäftsverträge zum Gegenstand der Regelung durch die AGB macht. Von Hueck unterscheidet ihn, daß er den Girovertrag ausdrücklich vom Bankvertrag trennt. Es spricht allerdings für Huecks Auffassung, daß er den Abschluß des Bankvertrages in der Eröffnung eines Kontos sieht.

Eine ganz andere Stellung nimmt Raiser ¹⁾ ein: Beim Bankvertrag handele es sich weder um einen bloßen Geschäftsverbindungs- noch um einen Normenvertrag, sondern um einen Grundvertrag, der als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB anzusehen sei. Gegenstand der Verpflichtung der Bank sei dabei nicht die Ausführung aller neutralen Geschäfte auf einseitige Weisung des Kunden hin, sondern die Bereitschaft zum Abschluß von Einzelverträgen. Raiser überzeugt aber wenig, wenn er gleichzeitig feststellt, daß die Bank sich durch den Grundvertrag, d.h. durch die Eröffnung der Geschäftsverbindung und eines Kontos, verpflichte, Zahlungen auf diesem Konto entgegenzunehmen und auch solche von ihm zu leisten, Wertpapiere ins Depot zu nehmen, Börsenaufträge auszuführen, Wechsel und Schecks einzuziehen oder einzulösen und dergleichen mehr.

Weiter vertritt Raiser die Auffassung ²⁾, daß, soweit AGB ausgegeben seien, dadurch die Einigung über den Inhalt der Einzelgeschäfte hinzukomme, zugleich aber auch die Ausgestaltung der Geschäftsverbindung und des Bankgrundvertrages. Das Ganze bilde ein nach Ursprung und Ende einheitliches Rechtsverhältnis, das man als Bankvertrag im weiteren Sinne bezeichnen könne. Dieser sei ein aus verschiedenen Typen gemischter Vertrag.

1. aaO. S. 145

2. aaO. S. 146

Vorsicht ist auch bei der Lehre Koch's geboten: Soweit der Kunde die AGB als rechtsverbindlich anerkannt habe, führe die Bank die Geschäfte für den Kunden aus, ohne daß es prinzipiell einer neuen Einigung bedürfe. Die Verpflichtung der Bank, die Geschäfte auf einseitige Willenserklärung des Kunden hin auszuführen, sei jedoch im Rahmen des § 663 BGB beschränkbar und gelte auch nur für die Geschäfte, die eine Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB zum Gegenstand hätten, für die sogenannten neutralen Geschäfte ¹⁾. Anders verhalte es sich mit den Aktiv-Geschäften der Bank, den Kredit- oder Darlehensgeschäften. Hier sei eine erneute Willenseinigung erforderlich. Während im ersten Fall die Klauseln der AGB selbständige Verträge darstellen, hätten sie im zweiten Fall keine selbständige Bedeutung, sondern würden Bestandteil der erst später abzuschließenden Verträge ²⁾.

Trotz der Betonung der Selbständigkeit der einzelnen Vereinbarungen spricht Koch von der objektiven und subjektiven Vertragseinheit der AGB ³⁾. Die geschlossene Einheitlichkeit des Geschäftsgebietes, welches die AGB regeln, bezeichnet er als Vertragseinheit im objektiven Sinn, während die Vertragseinheit im subjektiven Sinn in der Übereinstimmung der Bank und des Kunden bestehe, ein einheitliches Rechtsverhältnis regeln zu wollen. Neben der Regelung der neutralen und der Aktiv-Geschäfte enthalten die AGB nach Koch noch weitere Bestimmungen, deren Wirkung erst durch einen noch zwischen Kunden und Bank abzuschließenden Vertrag bedingt sei ⁴⁾. Er weist hier auf die generellen Vorschriften über das Pfandrecht der Banken und die Aufbewahrung der Wertsachen hin.

1. Geschäftsbedingungen S. 11

2. Geschäftsbedingungen S. 12

3. Geschäftsbedingungen S. 15

4. Geschäftsbedingungen S. 17

Aus diesen Gedanken folgert Koch seine Definition des dem Bankvertrag entsprechenden Geschäftsbedingungsvertrages: "Rechtlich stellt sich somit der Geschäftsbedingungsvertrag seinem Inhalt und Zweck nach einmal als Geschäftsbesorgungsvertrag dar, welcher auf die Leistung bankgeschäftlicher Dienste oder auf die Herbeiführung eines durch solche Dienste zu erzielenden Erfolges gerichtet ist. Soweit dagegen Bestimmungen vereinbart werden, die in Abhängigkeit stehen von erst später abzuschließenden Verträgen, handelt es sich um einen Vorvertrag zur Regelung der durch diese Sonderverträge abzuschließenden Geschäfte." 1)

Klausing ²⁾ versteht unter Bankvertrag das Gesamtrechtsverhältnis, das aus der gleichzeitigen Vereinbarung eines allgemeinen Geschäftsbesorgungsverhältnisses und der Geschäftsbedingungen besteht. Der Bankvertrag setze sich demzufolge aus einem "schuldrechtlichen" und einem "normativen" Teil zusammen. Klausing will sich damit wohl an die Konstruktion des Tarifvertrages im Arbeitsrecht anlehnen, bei dem ja auch ein normativer und ein schuldrechtlicher Teil unterschieden wird.

Angesichts der verwirrenden Fülle der verschiedenen Auffassungen ist die resignierende Feststellung Pikart's ³⁾, daß es sich bei dem Bankvertrag alles in allem um ein uneinheitliches, in seinen Auswirkungen unübersichtliches und verschiedener rechtlicher Deutung zugängliches Gebilde handle, verständlich.

In der neueren Literatur mehren sich die Stimmen, die die Existenz eines besonderen rechtlichen Instituts, das als

1. Geschäftsbedingungen S. 18
 2. ZAIP 6. Jahrg., Sonderheft
 3. WM 1957, 1238

Bankvertrag bezeichnet werden könnte, überhaupt verneinen. So sieht Sichter mann ¹⁾ im Bankvertrag lediglich einen Sammelbegriff, der über die tatsächlichen und vertraglichen Vereinbarungen im Einzelfall so gut wie nichts aussage. Die gleiche Auffassung vertritt Meyer-Cording ²⁾, wenn er beim Bankvertrag von einer "reichlich farblosen Sammelbezeichnung" spricht.

Ansichts dieses Standpunktes in der Literatur erscheint die jetzt von v. Godin vertretene Auffassung über Wesen und Inhalt des Bankvertrages als ein Rückschritt. Wie auch immer unsere Einstellung hierzu sein mag, die Untersuchungen von v. Godin nehmen bei diesem Thema wegen ihrer Ausführlichkeit eine hervorragende Stellung ein.

v. Godin bejaht die Existenz eines besonderen Vertragstypus, der als Bankvertrag zu bezeichnen sei. Es taucht bei ihm auch der bereits erwähnte Gedanke des Geschäftsbesorgungsvertrages auf. Dieser erschöpft jedoch nach seiner Ansicht den Inhalt und die Rechtsnatur des Bankvertrages nicht ³⁾. Das Essentielle des Bankvertrages sei die Einigung über die Begründung einer Geschäftsverbindung. Diese soll darin bestehen, daß der Kunde regelmäßig, ohne sich dazu zu verpflichten, Vermögensangelegenheiten irgendwelcher Art, deren Erledigung in den Rahmen der von der Bank ausgeübten gewerblichen Betätigung und ihrer dafür geschaffenen Organisation und Einrichtungen falle, durch sie oder mittels ihrer erledigen lasse, und daß die Bank sich verpflichte, im Rahmen ihrer gewerblichen Betätigung, Organisation und Einrichtungen sich dafür zur Verfügung zu stellen ⁴⁾.

1. aaO.S. 83
 2. aaO.S. 9
 3. aaO.S. 460
 4. aaO.S. 461

Scharf wendet sich v. Godin gegen eine Identifizierung von Bankvertrag, Girovertrag und Kontokorrentvertrag ¹⁾.

Der Kontokorrentvertrag sei vom Bankvertrag zu unterscheiden, er sei ein Hilfsvertrag zum Bankvertrag. Die Geschäftsverbindung gebe nur den Anlaß zum Kontokorrentvertrag, sie selbst sei nicht sein Vertragsgegenstand. Gegenstand des Kontokorrentvertrages sei die Rechnungsführung über die fortlaufend sich ergebenden Vermögensverschiebungen, die die Geschäftsverbindung mit sich bringe, und die Feststellung und Regulierung der Spitze.

Der Girovertrag sei ein spezieller Ausschnitt aus dem Rahmen des Bankvertrages mit speziellen Ausführungsvereinbarungen, ein Spezialvertrag im Rahmen des Bankvertrages. Er erschöpfe den Bankvertrag so wenig wie etwa der Scheckvertrag, der Wertpapier-Verwahrungs- und Verwaltungsvertrag, die Schrankfachmiete, der Vertrag über Einzahlung, Verwaltung und Verzinsung von Sparguthaben und Depositengeldern. Es gebe außerdem Einzelverträge über Einzelgeschäfte, zu denen die Geschäftsverbindung führe, wie Sortenwechsel, das Inkasso, der Wechseldiskont, die Wertpapierkommission, die Ausführung oder Stellung von Akkreditiven. Dies alles seien Sonderverträge, die aber von dem Bankvertrag überdeckt und inhaltlich beeinflusst würden.

v. Godin unterscheidet auch zwischen der Vereinbarung der AGB und dem Bankvertrag. Theoretisch sei eine auf Bankvertrag beruhende Geschäftsverbindung ohne Geltung der AGB denkbar ²⁾. Allerdings räumt er ein, daß der Abschluß des Bankvertrages mit einem "Richtlinienvertrag", der Vereinbarung der AGB verbunden zu werden pflege, welche die sich aus dem Bankvertrag natürlich ergebenden Verpflichtungen abändere und ergänze, und Normen enthalte, welche für die im Verlauf

1. aaO. S. 448

2. aaO. S. 463

der Geschäftsverbindung abgeschlossenen (typischen) Einzelverträge maßgebend sein sollen ¹⁾. Ja er sieht in der Aushändigung und Entgegennahme der AGB den Abschlußtatbestand des Bankvertrages ²⁾.

Nach diesen Abgrenzungen soll näher auf die Vorstellungen eingegangen werden, die v. Godin vom Inhalt des Bankvertrages hat ³⁾. Der Bankvertrag begründet nach seiner Meinung ein Dauervertragsverhältnis. Dieses sei von den einzelnen Rechtsverhältnissen verschieden, die zufolge hinzutretender zusätzlicher Rechtshandlungen zwischen Bank und Kunden zustande kämen. Durch den Bankvertrag verpflichtete sich die Bank von vornherein innerhalb der von ihm gezogenen Schranken zu denjenigen Leistungen, die der Kunde von ihr begehre. Es liege aber in der Natur des Bankvertrages, welcher die Bank zu einer unbestimmten Zahl von einzelnen Leistungen verpflichte, die ihrer Natur nach ganz verschieden seien, daß im allgemeinen zu einzelnen Leistungen der Bank eine Spezialweisung des Kunden zum Bankvertrag hinzukommen müsse, welche die Verpflichtung der Bank aktualisiere, konkretisiere und ihre Fälligkeit auslöse. Diese Weisung sei kein Antrag zu einem neuen Vertrag. Schon auf Grund des Bankvertrages sei die Bank zur Überlassung eines Schrankfaches oder zur Verwahrung eines offenen oder geschlossenen Depots usw. verpflichtet, wenn auch über diese Leistungen der Bank regelmäßig eine besondere Vereinbarung getroffen werde ⁴⁾.

Der Bankvertrag löse auch eine Reihe von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten als Nebenpflichten vor allem der Bank aus ⁵⁾.

Eine vorläufige Auswertung der hier skizzierten Auffassung v. Godin's über das Wesen und den Inhalt des Bankvertrages

1. aaO. S. 449

2. aaO. S. 463

3. aaO. S. 450 f.

4. aaO. S. 461

5. aaO. S. 451

zeigt ein vielschichtiges, nicht ganz einleuchtendes Vertragsgebilde. Deutlich kommt das bei der Behandlung des Girovertrages zum Ausdruck. Auf der einen Seite sieht v. Godin im Girovertrag einen Rahmenvertrag, aus dem sich die einzelne Geschäftsbesorgung jeweils auslöse ¹⁾, auf der anderen Seite ordnet er den Girovertrag als Spezialvertrag in den Rahmen des Bankvertrages ein. Hiernach ist also der Girovertrag ein Rahmenvertrag im Rahmenvertrag. In seinen Gedankengängen steht v. Godin denjenigen nahe, die in irgendeiner Form eine oder mehrere Bankleistungen zum Gegenstand des Bankvertrages machen wollen.

Zum Schluß soll noch gezeigt werden, daß die Auseinandersetzung um die Rechtsnatur des Bankvertrages nicht nur theoretischer Natur ist, sondern sich auch an Fällen der Praxis entzündet.

Unterhält derjenige, zu dessen Gunsten bei einer Bank eine Geldüberweisung eingeht, bei dieser kein Konto und bucht deshalb die Bank den überwiesenen Betrag auf ein Konto "pro Diverse" unter Umständen, die nicht erkennen lassen, daß die Bank bereit ist, den Betrag dem Begünstigten jederzeit auszuzahlen, so hat dieser nach Urteil des BGH vom 12. Mai 1958 ²⁾ noch keinen Anspruch gegen die Bank erworben.

Die sich dieser Entscheidung anschließende Kritik in der Literatur geht allgemein davon aus, daß eine Forderung des Überweisungsempfängers nur auf Grund vertraglicher Beziehungen zwischen ihm und der Bank entstehen kann. Ein Vertrag zu Gunsten Dritter wird abgelehnt.

Wunschel ³⁾ ist unter Berufung auf Meyer-Cording der Auffassung, daß ein Forderungsrecht des Empfängers auf

1. aaO. S. 519

2. NJW 1958, 1232 ff.

3. NJW 1958, 1765

Auszahlung des Überweisungsbetrages erst dann entstehe, wenn die Bank diesen von dem eingegangenen Betrag vollständige, ihm ein Konto einrichte, den Betrag darauf gutschreibe und der Empfänger damit einverstanden sei. Mit anderen Worten: Wunschel glaubt, daß die Kundenforderung nur auf Grund eines besonderen Geschäftsvertrages, des Girovertrages, entstehen kann.

Nebelung ¹⁾ will dagegen diese Ansicht insofern erweitern, als er wegen der gleichen Interessenlage von Kunde und Bank die forderungsbegründende Wirkung der Gutschrift nicht nur beim Girovertrag, sondern beim bankgeschäftlichen Verkehr schlechthin eintreten lassen will. Maßgeblich für die Frage, ob eine Gutschrift forderungsbegründende Kraft habe, soll nicht der Girovertrag, sondern der von ihm zu unterscheidende Bankvertrag sein. Nach dieser - später auch von Wunschel geteilten - Auffassung kommt es darauf an, ob der Begünstigte der Überweisung Kunde der Bank ist oder nicht ²⁾. Im einzelnen beruhe das Forderungsrecht des Kunden auf Ziffer 4 Abs. 1 der AGB. Dem Recht der Bank, während der Geschäftsverbindung unwiderruflich Geldbeträge für den Kunden entgegennehmen zu dürfen, entspreche das Recht des Kunden, von der Bank die Herausgabe dieser Beträge verlangen zu können.

1. NJW 1959, 1069

2. NJW 1959, 2195

§ 3 Die Systematik der Untersuchung.

Bei der Fülle der Ansichten über das Wesen des Bankvertrages ist der Leitfaden, dessen Verfolgung eine Lösung der ganzen Problematik bringen kann, nur schwer erkennbar. Es seien daher einige Hinweise auf die Systematik der Untersuchung gestattet.

In der Darstellung des gesamten Streitstoffes haben sich vier Grundansichten über den Bankvertrag herauskristallisiert. Drei Richtungen bejahen das Vorhandensein einer Vereinbarung, die mit der Bezeichnung eines allgemeinen Bankvertrages zu versehen sei. Als Gegenstand dieses Vertrages werden zunächst die Anerkennung der AGB, dann unmittelbar eine oder mehrere Bankleistungen in Form einer allgemeinen Geschäftsbesorgungsvereinbarung und zuletzt eine Verpflichtung zum Abschluß von Verträgen, die Bankleistungen zum Gegenstand haben, vertreten. Diesen steht die moderne Auffassung gegenüber, die einem besonderen Vertragstypus, der als Bankvertrag zu bezeichnen ist, in der Rechtspraxis jeglichen Raum absprechen will.

Die Untersuchung wird die Antwort auf zwei Fragen finden müssen: Besteht im bankgeschäftlichen Verkehr überhaupt die Notwendigkeit, eine typische, allgemeine, bankrechtliche Vereinbarung anzunehmen, und - im Falle der Bejahung der ersten Frage - welchen Inhalt hat ein solcher Vertrag.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit soll jedoch in dieser Untersuchung die Fragestellung umgekehrt werden. Im Vordergrund werden die drei verschiedenen Meinungen über den Inhalt des Bankvertrages stehen. Ihre genaue Überprüfung wird mit der Entscheidung über das Vorhandensein bzw. den Rechtscharakter der behaupteten Vertragsinhalte auch die Frage nach der Existenz eines allgemeinen Bankvertrages beantworten.

Die Untersuchung wird sich daher zunächst in einem eigenen Hauptteil mit dem Rechtscharakter der AGB im allgemeinen, wie auch insbesondere im Bankrecht auseinanderzusetzen haben. Ein weiterer Hauptteil wird dann die Auffassungen zum Gegenstand haben müssen, die das Vorhandensein von allgemeinen bankrechtlichen Vereinbarungen bejahen, die Bankleistungen entweder als Geschäftsbesorgungsvertrag direkt oder als Vorvertrag indirekt zum Gegenstand haben.

B. Erster Hauptteil.

§ 4 Die geschichtliche Entwicklung der AGB.

Soweit es für unsere Untersuchung erforderlich ist, soll auf die geschichtliche Entwicklung der AGB eingegangen werden. Es kann dabei auf bekannte Darstellungen zurückgegriffen werden ¹⁾.

Die ursprünglich Form der AGB bildete das sogenannte Regulativ ²⁾. Dieses enthielt nur wenige, meist technische Bestimmungen über die Kontoführung. Sie waren in den Kontobüchern abgedruckt, die die Kunden bei Eröffnung von Konten erhielten, und brachten eine Bestimmung mit dem Inhalte, daß der Kunde mit Annahme des Kontobuches die Bestimmungen des Regulativs als rechtsverbindlich anerkenne. Mit Abschaffung der Kontobücher änderte auch das Regulativ seine Erscheinungsform; erhalten ist es in den im Sparbuch abgedruckten Sparbedingungen.

Da mit der Abschaffung der allgemeinen Kontobücher eine mit dem einzelnen Bankgeschäft technisch unlösbar verbundene Unterlage entfiel, auf die die Bedingungen, die den Vertragsabschluß betrafen, abgedruckt werden konnten, mußten diese gesondert schriftlich fixiert werden. So erschienen gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Bankbedingungen als Sonderformulare. In ihnen wiesen die Banken auf die von ihnen betriebenen Geschäfte hin und gaben deren Ausführungsbedingungen bekannt. Bei Abschluß des Geschäftsvertrages erklärte der Kunde auf dem Formular ausdrücklich sein Einverständnis mit ihnen.

1. vgl. Koch, Geschäftsbedingungen S. 32 ff.

Haupt, aaO. S. 1 ff.

Raiser, aaO. S. 26 ff.

2. ein solches Regulativ ist abgedruckt bei Koch, Geschäftsbedingungen, Anhang

Mit der Erweiterung der Zahl der Geschäftsarten und der Zunahme ihres Umfanges wurden auch die Geschäftsbedingungen systematisch erweitert. Sie enthielten nicht mehr allein Regelungen, die wie beim Regulativ auf eine bestimmte Leistung der Bank, die Kontenführung, beschränkt waren. Es wurden Bestimmungen aufgenommen, die für den Bankverkehr schlechthin Gültigkeit haben sollten ohne Rücksicht auf die Eigenart des konkret vereinbarten Bankgeschäftes oder darauf, ob sie jemals im Verhältnis zu diesem Kunden von Bedeutung sein würden. Sie wurden nun wirklich zu allgemeinen Bedingungen. Neben den allgemeinen wurden aber zur Vereinfachung des Verfahrens auch die für einzelne Bankgeschäfte typischen Bedingungen in den einheitlichen Vordruck aufgenommen, wie z.B. für den Handel mit Wertpapieren, Devisen und Sorten oder das Verwahrungsgeschäft.

Die heute bei den Privatbanken gültigen AGB sind auf ein Muster der Vorgängerin des "Centralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes e.V." der "Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe" aus dem Jahre 1937 zurückzuführen. Nach einer Reihe von Änderungen liegen sie heute in der Fassung vom Juli 1955 vor. Auch die AGB der Sparkassen sind auf Empfehlung des Sparkassen- und Giroverbandes heute einheitlich ausgestaltet. Daneben gibt es noch eine Reihe weiterer AGB des Kreditgewerbes: die allgemeinen Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit den Landeszentralbanken, die AGB der Genossenschaftsbanken und die Bedingungen der Realkreditinstitute für den Geschäftsverkehr in laufender Rechnung.

Nicht nur der Inhalt, auch die Form der Anerkennung unterlag der Entwicklung. Durch das Reichsstempelgesetz vom 3. Juli 1913 wurden gewisse Verträge mit einer Steuer belegt. Zur Steuerersparung ließen sich daraufhin die Banken von den Kunden nicht mehr das Einverständnis mit den AGB sondern nur noch ihren Empfang bestätigen. Nach Wegfall dieser Steuer wird heute neben der Bestätigung

des Empfanges auch wieder eine Anerkennung der AGB durch den Kunden gefordert, soweit nicht von einzelnen Instituten nur noch auf die im Kassenraum aushängenden Bedingungen verwiesen wird.

Zusammenfassend soll betont werden, daß die Anerkennung der Bedingungen zunächst durch den gleichen Akt erfolgte, mit dem der Einzelvertrag abgeschlossen wurde. Später, nach der Lösung der Bedingungen von der Vertragsurkunde bedurfte es einer besonderen Urkunde zur Aufnahme der Bedingungen und damit verbunden auch einer besonderen Zustimmung. So lösten sich die Bedingungen von dem einzelnen Geschäftsvertrag und führen heute anscheinend ein Sonderdasein.

Es wird die Antwort auf die Frage nach dem Bankvertrag als einer allgemeinen Normenvereinbarung unter anderem auch davon abhängen, ob diese äußere Trennung auch rechtlich erheblich ist.

§ 5 Der Inhalt der AGB.

Die AGB der Banken und anderen Kreditinstitute unterscheiden sich dadurch von den AGB anderer Wirtschaftszweige, daß sie einen Geschäftsbereich regeln müssen, der eine Vielzahl von Geschäftsarten und damit Vertragsformen kennt. Die Technik, der sich die AGB bedienen, entspricht weitgehend der des Gesetzgebers. Es wird ein allgemeiner und ein besonderer Teil unterschieden.

In den AGB der Geschäftsbanken führt der allgemeine Teil unter der Bezeichnung "I. Allgemeines" alle diejenigen Bestimmungen an, die für jedes Rechtsverhältnis zwischen der Bank und ihrem Kunden maßgebend sein sollen. Die Geschäftsbedingungen der Sparkassen geben diesem Teil ihrer AGB die Bezeichnung "A. Allgemeines" und unterteilen ihn in vier Unterabschnitte: "I. Laufende Geschäftsverbindung", "II. Aufträge", "III. Pfand- und Sicherungsrechte", "IV. Sonstiges". Diese Bestimmungen sollen die Geschäftsverbindung als solche regeln ohne Rücksicht auf den Rechtscharakter des einzelnen Vertrages.

Im Anschluß hieran bringen die AGB Spezialregelungen für einzelne Geschäftssparten. So fassen die AGB der Geschäftsbanken unter II den Handel in Wertpapieren, Devisen und Sorten, unter III das Verwahrungsgeschäft und unter IV das Einzugs- und Diskontgeschäft, den Wechsel- und Scheckverkehr zusammen. Die AGB der Sparkassen regeln in Abschnitt "B. Einzelne Geschäftszweige" unter I die Einlagen, unter II Guthaben und Kredite in ausländischer Währung, unter III Urkunden, Akkreditive und unter V Wechsel, Schecks, Anweisungen, Quittungen und ähnliche Papiere. Daneben wird bei den Banken in Ziffer 28, bei den Sparkassen in Ziffer 26 auf die Sonderbedingungen für weitere besondere Geschäftszweige hingewiesen, die

in den AGB nicht zusammengefaßt sind, wie z.B. die Regelung der Ander- und Sparkonten, des Scheckverkehrs, der Annahme von Verwahrstücken, der Vermietung von Schrankfächern.

Aber nicht alle Bestimmungen des allgemeinen Teiles der AGB sind allgemeiner Art. Es sind hier auch eine Reihe von Spezialbestimmungen versteckt.

Es handelt sich zunächst um die Bestimmungen, die sich mit dem Giroverkehr befassen. Das Wesen des Girovertrages ist in letzter Zeit, veranlaßt durch die Folgen des Krieges, in Literatur und Rechtsprechung eingehend erforscht worden. Es hat hier stark auseinandergehende Ansichten gegeben. Die Auseinandersetzung darf aber grundsätzlich als ausgetragen gelten: Der Girovertrag ist ein Dienstvertrag der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist. Im Rahmen dieses Vertrages verpflichtet sich die Bank, Zahlungen und Überweisungen für den Kunden auf dessen einseitige Weisung hin durchzuführen. Auf diesen Zahlungsverkehr beziehen sich z.B. die Bestimmungen der Ziffer 4 Abs. 2, 3, 4 der AGB der Geschäftsbanken.

Die Regelung dieses Vertrages im allgemeinen Teil der AGB läßt sich nicht mit dem Gedanken rechtfertigen, daß der Giroverkehr zumeist nur der Durchführung anderer Bankgeschäfte diene. Das gleiche kann nämlich vom Wechsel- und Scheckverkehr gesagt werden, der doch in Abschnitt IV der AGB der Banken gesondert geregelt ist.

Auch die sich auf Guthaben des Kunden bei der Bank beziehenden Ziffern 2 Abs. 2 und 3 Abs. 2 der AGB regeln einen besonderen Vertragstypus. Sie sind Teil eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages oder eines Darlehensvertrages. Eine genauere Differenzierung ist hier nicht notwendig, da nach § 700 Abs. 1 Satz 1 BGB auch auf den unregelmäßigen Verwahrungsvertrag die Vorschriften über

das Darlehen zur Anwendung kommen.

Sehr eingehend, wenn auch räumlich sehr verstreut, regeln die Bestimmungen des allgemeinen Teiles der AGB die Kontokorrentabrede. Das Kontokorrent, das seine gesetzliche, allerdings nicht erschöpfende Regelung in §§ 355 ff. HGB gefunden hat, spielt in der Diskussion um den Bankvertrag eine besondere Rolle.

Konstruktion und Inhalt des Kontokorrents hat Anlaß zu vielen Auseinandersetzungen geboten. So sieht Düringer-Hachenburg in der Kontokorrentvereinbarung einen Rahmen- oder Mantelvertrag, der den Komplex aller tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen, die mit dem Kontokorrentverkehr verbunden sind, regelt. Erforderlich zur Begründung des Kontokorrentverhältnisses sei das Einigsein beider Parteien über den Kontokorrentverkehr ¹⁾. Da der Kontokorrentvertrag bloßer Rahmenvertrag sei, stelle eine auf Dauer berechnete Geschäftsverbindung seine unentbehrliche Voraussetzung dar. Der Kontokorrentvertrag sei nicht nur von der Geschäftsverbindung als rein tatsächlichem Verhältnis, sondern auch von der Rechtsform, in der sich die Geschäftsverbindung abspiele, abhängig ²⁾. Wenn Düringer-Hachenburg der Kontokorrentvereinbarung auch in engen Grenzen Selbständigkeit zugesteht, so stellt er doch vor allem die Bedeutung der Kontokorrentvereinbarung als unselbständiges Annex zur Geschäftsverbindung heraus ³⁾. Als Prototyp eines solchen Vereinbarungskomplexes führt er den Girovertrag mit Kontokorrentabrede an ⁴⁾.

Die Unselbständigkeit der Kontokorrentabrede wird heute allgemein anerkannt ⁵⁾. Man wird daher die Vorstellung

1. aaO. § 355 Anm. 5

2. aaO. § 355 Anm. 7

3. aaO. § 355 Anm. 8

4. aaO. § 355 Anm. 9

5. Schlegelberger-Hefermehl aaO. § 355 Anm. 9

v. Godin aaO. S. 258

Pikarts ¹⁾ ablehnen müssen, der das Bankkontokorrent neben den Girovertrag und die Verträge über Spar- und Verwahrkonten als besondere Erscheinungsform des Bankvertrages ordnet. Als offen kann man nur noch die Frage nach dem Charakter des Vertrages, der die Kontokorrentabrede zum Inhalt hat, bezeichnen.

Gewisse Verwirrung stiftet hier der Gesetzgeber durch die Verbindung der Kontokorrentabrede mit einer Geschäftsverbindung. Ohne Zweifel ist eine Kontokorrentabrede ohne das Vorhandensein einer Geschäftsverbindung undenkbar. Sinn der Vereinbarung ist doch, einen entstehenden oder entstandenen Anspruch zunächst nur in Rechnung zu stellen und nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes diesen mit anderen ebenfalls in diesen Zeitraum fallenden Ansprüchen zu verrechnen, d.h. den Forderungsausgleich per Saldo festzustellen und durchzuführen.

In der Geschäftsverbindung hat man zum Teil einen Vertragstypus besonderer Art gesehen und als Geschäftsvertrag oder Geschäftsverbindungsvertrag bezeichnet ²⁾. Dabei blieb aber unbeachtet, daß sich eine Geschäftsverbindung aus einer Vielzahl von Einzelverträgen zusammensetzen kann, wie dies entsprechend der Vielzahl der Geschäftsarten beim Bankverkehr besonders der Fall ist. Der Geschäftsverbindungsvertrag würde also ein den gesamten Verkehr zwischen einem bestimmten Kunden und seiner Bank regelnder Vertrag sein, ein Vertrag, der die Eigenschaften in sich tragen würde, die man zum Teil dem Bankvertrag zuschreibt.

Es gibt Rechtsordnungen, die einen solchen Vertragstypus anerkannt und gesetzlich geregelt haben. Nach Ulmer ³⁾ ist in dem spanisch-marokkanischen HGB und dem spanischen Entwurf von 1926 zwischen dem eigentlichen Kontokorrentverhältnis und dem Bar- bzw. Wertkontokorrent unterschied-

1. aaO. S. 1244 f.

3. aaO. S. 216

2. Schlegelberger-Hefermehl aaO. § 355 Anm. 9
Raiser aaO. S. 142

den worden. Unter Bank- bzw. Barkontokorrent wurde hier nicht mehr bloß das Verrechnungsverhältnis zwischen Bank und Kunden, sondern die gesamte zwischen beiden bestehende Geschäftsverbindung verstanden.

Auf einen ähnlichen Vertragstyp zielen wohl die Vertreter des Geschäftsverbindungsvertrages ab. Bei ihren Überlegungen verkennen sie jedoch, daß der Begriff "Geschäftsverbindung" kein rechtlicher ist, sondern lediglich die Bezeichnung für die Tatsache, daß zwei Parteien über einen gewissen Zeitraum hin kaufmännische Geschäfte miteinander tätigen oder tätigen wollen ¹). Rechtlich kann dieser wirtschaftliche Sachverhalt seinen Niederschlag sowohl in einem Dauerschuldverhältnis - z.B. Girovertrag - als auch in einem immer wieder neu erfolgenden Abschluß selbständiger Verträge, die der Abwicklung einer Geschäftsverbindung dienen - z.B. Devisen- oder Effektenkauf - , finden. Diese der Abwicklung der Geschäftsverbindung dienenden Verträge können eine Kontokorrentabrede zum Inhalt haben. Ob dies der Fall ist, muß aus dem einzelnen Vertrag selbst hervorgehen ²).

Damit soll nicht gesagt werden, daß die Kontokorrentabrede nicht schon vor Abschluß des einzelnen Bankgeschäftes vereinbart werden kann. Ohne den bankgeschäftlichen Einzelvertrag ist die Abrede aber gegenstandslos ³). In materiell-rechtlicher Beziehung ist maßgebend, was die Geschäftspartner anläßlich der im Rahmen der Geschäftsverbindung abgeschlossenen Geschäfte vereinbaren ⁴). Die Kontokorrentabrede ist mit anderen Worten materiell-rechtlich neutral, sie ist keine typisch bankrechtliche Vereinbarung.

Es mag sein, daß das Kontokorrent seinen Ausgangspunkt im Bankverkehrs hat, die Rechtsentwicklung hat es aber von diesem gelöst, so daß wir Kontokorrentvereinbarungen in

1. Koch, Warenkredit S. 41; Ziegler, MHB 21,30
Müller-Erzbach, aaO. S. 522

2. Gierke, aaO. S. 495; Schlegelberger-Hefermehl § 355 Anm.18

3. Schlegelberger-Hefermehl, aaO. § 355 Anm. 3

4. v. Godin, aaO. S. 258

allen Bereichen kaufmännischer Tätigkeit finden. Von der Kontokorrentabrede her kann die Frage nach dem Gegenstand des Bankvertrages nicht beantwortet werden. Die Kontokorrentabrede kann nicht der Bankvertrag selbst, sondern nur ein unselbständiges Annex des Bankvertrages sein. Sie ist farblos und erhält erst Gestalt in Verbindung mit einem Geschäftsvertrag. Banktypisch ist ein Girovertrag mit Kontokorrentabrede, womit nicht gesagt werden soll, daß nur dieser Vereinbarungskomplex banktypisch ist.

Eine ähnliche Stellung wie die Regelung des Kontokorrents nehmen die Bestimmungen der AGB ein, die sich auf die Durchführung von "Aufträgen" beziehen, wie dies z.B. in den Ziffern 6, 7, 9, 13 der AGB der Banken und Ziffern 12, 13, 14 der AGB der Sparkassen geschieht. Der Begriff Auftrag ist hier nicht mit dem rechtlichen des § 662 BGB gleichzusetzen; es ist hierunter vielmehr jede Vereinbarung einer bestimmten Bankleistung zu verstehen. Diese Regelungen der AGB sind auch nur als Inhalt bestimmter bankgeschäftlicher Verträge denkbar.

Dieses kurze Eingehen auf den Rechtscharakter der einzelnen Bestimmungen zeigt, daß bei ihrer Bewertung nicht so sehr von der Stellung im System der AGB-Formulare, als vielmehr von ihrer Stellung im System des Bankrechts ausgegangen werden muß. Nur Bestimmungen, die unabhängig von den einzelnen Geschäftsverträgen wirksam sind, können als allgemeine Geschäftsbedingungen im eigentlichen Sinn bezeichnet werden.

§ 6 Geltungsgrund und Rechtsnatur der AGB in der Rechtsprechung und Literatur.

Die mit der Zunahme und Vermassung unseres Wirtschafts- und Rechtslebens in immer größerem Umfang und neuen Formen zunehmenden allgemeinen Vertragsbestimmungen haben Rechtsprechung und Rechtswissenschaft vor Aufgaben gestellt, die noch nicht als gelöst erscheinen. Die zum Teil in der Rechtsprechung herrschende Unklarheit hat in der Wissenschaft zu offenbar sehr unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen hinsichtlich Geltungsgrund und Rechtsnatur der AGB geführt.

a. Die Rechtsprechung.

In einer seiner ersten Entscheidungen ¹⁾ zum Recht der AGB stellt das Reichsgericht fest, daß es gebräuchlich sei, daß Unternehmer im voraus öffentlich oder doch zumindest den beteiligten Geschäftspartnern nicht nur den Kreis derjenigen Geschäfte, welche sie zu betreiben beabsichtigen, sondern auch die näheren Bestimmungen bekannt machen, unter welchen sie derartige Geschäfte abzuschließen bereit sind. Hieraus folgert das Gericht, daß die Empfänger dieser Bekanntmachungen bei Abschluß von Verträgen innerhalb des betreffenden Geschäftskreises diese Bestimmungen als ihnen bekannte und von ihnen gewollte "lex contractus" gelten lassen müssen. In einer weiteren Entscheidung ²⁾ geht das Reichsgericht näher auf das Problem ein, indem es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Kunden die Pflicht auferlegt, die ihm vorgelegten allgemeinen wie speziellen Vertragsbestimmungen zu prüfen. Zur Wirksamkeit der AGB als "lex contractus" sei jedoch immer erforderlich, daß diese dem Kunden mitgeteilt werden oder im Vertrag auf sie Bezug genommen wird. Nach ausdrücklicher

1. RGZ 13,68 ff.(77)

2. RGZ 58,151 ff.(155)

Feststellung des Reichsgerichts ¹⁾ genügt es nicht, daß der Kunde weiß, daß der Unternehmer seinen Verträgen AGB zu Grunde zu legen pflegt.

Von dieser Auffassung rückt das Reichsgericht mit der Rechtsprechung seines 1. Zivilsenats in den Zwanzigerjahren ab ²⁾. Die AGB sollen selbst dann für die einzelnen Verträge maßgebend sein, wenn sie dem Kunden gar nicht bekannt sind. Voraussetzung dafür sei ordnungsgemäße Veröffentlichung und üblicher Inhalt, d.h. die Bestimmungen dürften nicht so beschaffen sein, daß eine freiwillige "Unterwerfung" des Kunden unter sie ausgeschlossen erscheine. Diese erweiterte Anwendung der AGB sei aber nur bei Unternehmen möglich, deren Art und Umfang des Betriebes so sei, daß das Publikum mit dem Bestehen von AGB zu rechnen habe. Dieses trifft nach Feststellung des Gerichts auf die Banken zu. Der 2. Zivilsenat bezeichnet diese Form der Geltung der AGB als stillschweigende "Unterwerfung" unter sie durch Eingehung eines Vertragsverhältnisses. Geltungsgrund der AGB sei immer eine Vereinbarung, stillschweigend oder ausdrücklich ³⁾.

Mit seiner Entscheidung vom 31. Januar 1941 geht der 7. Zivilsenat des RG einen völlig neuen Weg. Er stützt sich auf den schon früher eingeführten Ausdruck "Unterwerfung" und kommt zu der Auffassung, daß die Bezugnahme auf die AGB kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung anzusehen sei, sondern viel eher als eine Unterwerfung unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung. Es komme wenig darauf an, was dem in diese Rechtsordnung Eintretenden im einzelnen von ihrem Inhalt bekannt sei ⁴⁾.

Diese Auffassung wird vom 1. Zivilsenat übernommen ⁵⁾ und

1. RGZ 66,39 ff.(40)

2. RGZ 103,84 ff.(85 f.); 109,299 ff.(304)

3. RGZ 112,253 ff.(257)

4. DR 1941,1210 ff.

5. RGZ 170,233 ff.(240)

findet auch nach 1945 ihre ausdrückliche Anerkennung durch den 3. Zivilsenat des Kammergerichts, der feststellt ¹⁾, daß den allgemein gültigen, typischen Geschäftsbedingungen die Bedeutung einer Rechtsordnung, eines materiellen Gesetzes im Sinne von Art. 2 EGBGB zukomme und nicht die einer vertraglichen Vereinbarung. Auch der 1. Zivilsenat des BGH ²⁾ folgt zunächst der Auffassung vom normativen Charakter der AGB: hinsichtlich ihrer Gültigkeit käme es nicht auf das Kennen oder Kennenmüssen an.

Doch schon bald wird erkennbar, daß der BGH der Anerkennung der AGB wieder mehr den Charakter eines Rechtsgeschäftes gibt. So heißt es im Urteil vom 15. 10. 1951 ³⁾: "(die AGB) stellen zwar eine normative Rechtsordnung dar, die an Stelle dispositiver Vorschriften treten kann. Ihre Gültigkeit im konkreten Fall setzt aber eine ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter diese Rechtsordnung voraus." Eine stillschweigende Unterwerfung kann nach der Entscheidung des 1. Zivilsenats vom 3. 2. 1953 ⁴⁾ nur angenommen werden, wenn der Vertragspartner wußte oder wissen mußte, daß der Unternehmer seinen Geschäften AGB zu Grunde zu legen pflegt.

Diese Rechtsprechung ist seither vom BGH konsequent beibehalten ⁵⁾ und vom 1. Zivilsenat am 8. 3. 1955 noch einmal zusammengefaßt worden ⁶⁾: "Damit hat der Senat zum Ausdruck gebracht, daß es sich nicht um objektive, allgemein verbindliche Rechtsnormen handelt, da es bei diesen keiner Unterwerfung bedarf, sondern nur um eine allgemein festgelegte Vertragsgrundlage, die infolge beiderseitiger Unterwerfung unter ihre Bestimmungen Wirksamkeit erlangt."

1. MDR 50,286 ff.(287)

2. BGHZ 1,83 ff.(86)

3. BGHZ 3,200 ff.(200f.)

4. BGHZ 9,1 ff.(2)

5. BGHZ 12,136 ff.(139); 18,98 ff.(99)

6. BGHZ 17,1 ff.(2)

b. Die Literatur.

Die ältere Literatur, d.h. so weit sie vor dem 31. Januar 1941 liegt, kennt keinen Zweifel über den Rechtscharakter der AGB als Vertragsvereinbarungen. Selbst soweit der Ausdruck "lex contractus" gebraucht wird, wird ihm nicht die Bedeutung einer objektiven Rechtsnorm sondern einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung beigelegt ¹⁾).

Eine Ausnahme bildet Raiser. Auch er geht zunächst von der eindeutigen vertraglichen Vereinbarung der AGB aus, der er die Bezeichnung "Verweisung" gibt. Wo es aber an einer solchen eindeutigen Vereinbarung fehlt, zeigt Raiser ²⁾ drei Wege, auf denen die AGB trotzdem Geltung erlangen können. Er stützt sich hierbei auf die Verkehrssitte, d.h. die im Verkehr geübte Gepflogenheit, bestimmte Verträge durch AGB zu ergänzen.

Zunächst diene die Verkehrssitte gemäß § 157 BGB als Hilfsmittel der objektiven Auslegung. Es wird von dem einzelnen Geschäftsvertrag ausgegangen und seine Wirksamkeit auf die Anerkennung der AGB erweitert. Hier habe die Verkehrssitte allein den Sinn einer tatsächlichen Übung. Sie normiere nicht selbst das Parteiverhalten.

In einer weiteren Stufe kann nach Raiser die Übung zur bewußten Regel erhoben und von einer Gruppe von Rechtsgenossen als Rechtssatz sanktioniert werden. Daraus entwickle sich die Normierung der Verweisung. Wo dieses Stadium erreicht sei, vermöge die Verkehrssitte die echte Verweisungserklärung durch eine Fiktion zu ersetzen. Hier sei die Verkehrssitte Rechtssatz, der die Verweisung normiere. Raisers Lehre stützt sich von diesem Punkt an auf die Identität von Ver-

1. vgl. v. Tuhr aaO. S. 146 Anm. 13

2. aaO. S. 160 f.

kehrssitte und Gewohnheitsrecht ¹⁾).

Die letzte Stufe stellt nach Raiser die Gruppensanktion der AGB selbst dar. Hier erhebt er nicht die Verweisung sondern den Inhalt der AGB zur normativen Verkehrssitte.

In gewisser Weise ist Raiser Wegbereiter für die Entscheidung des RG. vom 31. Januar 1941. An dieses Urteil schließt sich eine umfangreiche Literatur an, die in den AGB objektive Rechtsnormen sehen will. Es wird hierbei vielfach an die Formulierung des RG angeknüpft, daß die Bezugnahme auf die AGB kaum noch als eine echte vertragliche Vereinbarung anzusehen sei, sondern viel eher als "eine Unterwerfung unter eine bereitliegende Rechtsordnung".

Zunächst tritt Herschel für den objektiven Rechtsnormencharakter der AGB ein. Die typischen Vertragsbestimmungen ständen auf der Grenze zwischen Vertrag und Gesetz. Ihrer Entstehung nach seien sie zwar reiner Vertrag, aber in Bedeutung und Wirkung ständen sie objektivem Recht näher ²⁾. Die Vertragsordnung führe als materielles Recht ein vom Willen der Vertragsteile unabhängiges Leben ³⁾. Wie Raiser stellt auch er die klassische Rechtsquellenlehre in Frage, gibt aber zu, daß es nicht möglich sei, mit logischen Beweisgründen den objektiven Charakter der Vertragsordnung darzulegen. Es handele sich überwiegend um eine Anschauungsfrage ⁴⁾. Dieses objektive Recht wirkt aber nach Herschel nicht ipso jure. Es bedürfe hierzu eines besonderen rechtsgeschäftlichen Aktes, der "Unterwerfung". Diese könne ausdrücklich oder auch stillschweigend geschehen und sei vergleichbar mit einer Abmachung, daß auf einen Vertrag, der ausländischem Recht unterliegen würde, inländisches Recht Anwendung finden soll. Die Unterwerfung unter

1. aaO. S. 82, 158

2. DR 1941, 55 f.

3. DR 1941, 1727 f.

4. DR 1942, 753 f. (754)

eine Vertragsordnung sei daher dogmatisch überhaupt kein Vertragsschluß, sondern eine - meist in einen Vertrag eingebettete - Vereinbarung besonderer Natur. Es fehle schon am Vertragscharakter, weil die Beteiligten nicht inhaltlich verschiedene, sondern inhaltlich gleiche Erklärungen abgäben ¹⁾.

Herschel geht näher auf den Inhalt der Unterwerfungserklärung ein: Die Vertragsordnung diene nicht als Muster, dessen einzelne Bestimmungen zum Inhalt des Vertrages gemacht würden. Die Parteien schlossen vielmehr einen Vertrag und unterwürfen diesen einem vorgeformten Typus. Das heiße also, daß sich die Beteiligten mit ihrem Vertrag in eine bestehende Rechtsordnung hinein begäben und sich einem Spezialgesetz unterwürfen. Aber dieses Spezialgesetz würde dadurch nicht Vertragsbestandteil. Es bliebe ausschließlich objektives Recht, ein Gesetz im Sinne des Art. 2 EGBGB ²⁾.

Der Auffassung Herschels folgen weitgehend Bernhardt ³⁾ und Hamann ⁴⁾.

Bernhardt geht insoweit einen Schritt weiter, als er in der Geltung der AGB kraft stillschweigender Unterwerfung nicht mehr eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, sondern eine "automatische" Wirksamkeit sehen will. Wenn die AGB jedoch kraft ausdrücklichen Parteiwillens wirksam würden, verhielte es sich so, als ob Rechtssätze des BGB in einen Vertrag wörtlich aufgenommen würden.

Hamann verweist zur Begründung des Normencharakters der AGB auf die Rechtsprechung des RG ⁵⁾, die seit 1912 die Revisibilität der AGB anerkannt hat. Damit habe sich die Rechtsprechung zu der Auffassung bekannt, daß die AGB

1. DR 1941,1727 f.

2. DR 1942,753 ff.(754)

3. DR 1942,1171 ff.

4. MDR 1949,209 ff.(211)

5. RGZ 81,117 ff.

objektive Rechtsnormen seien. Auch er will sich gegen die herrschende Rechtsquellenlehre stellen, indem er ihr entgegenhält, das von ihr vertretene Gesetzgebungsmonopol des staatlich organisierten Gesetzgebers sei schon durch das Phänomen des Gewohnheitsrechts ad absurdum geführt.

Entsprechend der Rechtsprechung entfernt sich auch die Literatur bald wieder von dem Standpunkt, daß die AGB objektive Rechtsnormen darstellen. Als herrschend setzt sich wieder die ursprüngliche Anschauung durch, daß die AGB grundsätzlich nur im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung Rechtsgeltung erwerben könnten ¹). Daß man diese Vereinbarung als "Unterwerfung" bezeichne, gebe nur den soziologischen Befund wieder, daß sich der zumeist wirtschaftlich schwächere Kunde den Vertragsbedingungen der Bank fügen müsse, ohne seine Interessen wirksam ins Spiel bringen zu können. Dogmatisch handele es sich bei der Unterwerfung des Kunden in Form der Erklärung, daß er die AGB gegen sich gelten lassen wolle, jedoch um eine echte Vereinbarung ²).

Dogmatische Schwierigkeiten bereitet allerdings der Standpunkt der Rechtsprechung, daß die AGB auch Geltung besäßen, wenn der Kunde von ihrem Vorhandensein nichts wüßte, aber mit ihrem Vorhandensein rechnen müßte und

1. vgl. Ballerstedt, JZ 56, 267 ff. (270)

v. Brunn, aaO. S. 71 ff.

Droste, Betrieb, Beilage 10/57, Ziffer III

Esser, aaO. S. 41 f.

Fischer, aaO. S. 484

Gallois, JR 56, 47

Hurst, aaO. S. 2 ff.

Krause, BB 1952, 998

Lukes, aaO. S. 476 f.

Meeske, BB 1959, 861

Nastelski, DRiZ 1955, 212

Trost-Schütz, aaO. S. 1

2. Krause, BB 1955, 265 ff.

keinen Widerspruch gegen ihre Anwendung eingelegt hätte. Die Problematik liegt darin, daß ein fahrlässiges Verhalten des Kunden einer Willenserklärung gleichgestellt wird. Es sind hier verschiedene Lösungsversuche unternommen worden.

Krause ¹⁾ stützt sich auf den Begriff des "sozialen Kontakts", aus dem die Pflicht des Kunden entspringe, sich über das Bestehen der AGB Gedanken zu machen. Dies sei keine Rechtspflicht, auf deren Erfüllung der Unternehmer einen Anspruch habe, dem bei Nichterfüllung ein Schadensersatzanspruch entspreche. Sie habe nur die schwächere Rechtsnatur einer "Obliegenheit", die im eigenen wie im gegnerischen Interesse zu erfüllen sei und bei Nichterfüllung gewisse Nachteile im Gefolge habe. Eine verschuldete Nichterfüllung löse den Nachteil aus, daß sich die gegnerische Rechtsposition verbessere, indem die Geltung der vom Gegner aufgestellten AGB auch ohne dahingehende Willenserklärung des Kunden eintrete.

Gegen Krause wendet sich Meeske ²⁾: Eine Obliegenheit zur Erkundigung ließe sich aus dem sozialen Kontakt nicht ableiten. Die Privatrechtsordnung kenne als Verpflichtungsgründe nur das Rechtsgeschäft und das Gesetz. Es bestehe aber weder gesetzlich noch gewohnheitsrechtlich eine Erkundigungspflicht des Kunden. Aber auch Meeske will dem Kunden eine Verpflichtung auferlegen. Nur sieht er die Lösung in einer analogen Anwendung der Regelung des Verschuldens bei Vertragsschluß. Es gäbe zwar bei den Verträgen des Massenverkehrs keine Vertragsverhandlungen, doch träte an ihre Stelle die Veröffentlichung der AGB und das Wissen des Kunden, daß er Sonderwünsche nicht äußern könne. Diese Situation entspreche der beim Aushandeln des Vertrages; auch hier würde wechselseitig Vertrauen gewährt und in Anspruch genommen. Dadurch

1. BB 1955,265 ff.(267)

2. BB 1959,857 ff.(863)

würden den Vertragsparteien Pflichten auferlegt: Der Unternehmer habe die AGB zu veröffentlichen; der Kunde müsse sich nach ihnen erkundigen. Verletze der Kunde diese Erkundigungspflicht, so sei er schadensersatzpflichtig und das führe dazu, die AGB anzuwenden.

Unter Berufung auf Raiser spricht Droste ¹⁾ von einer normativen Verweisung. Das Eingreifen einer normativen Verweisung setze voraus, daß sich der Gebrauch der AGB in den betreffenden Kreisen so eingebürgert habe, daß ein Vertragsschluß zu den AGB als selbstverständlich erscheine. Diessieht er als Endstufe in einer Entwicklung an, die von der Aufstellung der AGB über eine allgemeine Übung ihrer Anwendung bis zur normativen Wirkung und zum objektiven Recht gehe. Dabei betrachtet Droste den Handelsbrauch als objektives Recht.

Aber seine Darstellung ist nicht ganz schlüssig, wenn er gleichzeitig ausdrücklich die Auffassung vertritt, daß auch dort, wo die Verknüpfung der AGB mit den individuellen Bestimmungen ohne einen hierauf gerichteten Willen des Kunden eintrete, die AGB nicht als Rechtsnorm zu werten seien. Objektives Recht könnten die AGB nur sein, wenn sie sich zum Handelsbrauch entwickelt hätten. Das sei für einzelne Bestimmungen durchaus möglich, selten jedoch für die AGB als Gesamtheit.

Die historische Darstellung der rechtlichen Beurteilung der AGB hat ergeben, daß diese seit den Zwanzigerjahren zwischen Rechtsgeschäft und objektiver Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB schwankt, wobei einmal die eine, einmal die andere Seite mehr in den Vordergrund tritt. Mit eindeutiger Klarheit ist bis heute der Rechtscharakter der AGB noch nicht erfaßt.

1. Betrieb, Beilage 10/57, Ziffer III

Dabei ist der Rechtscharakter der AGB von Bedeutung für die Frage, ob der Bankvertrag eine Normenvereinbarung, ein sogenannter Geschäftsbedingungsvertrag ist. Würden die AGB objektive Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB darstellen, würde eine Vereinbarung der Bestimmungen ihren Wert verlieren. Diese hätte dann nicht mehr Sinn, als eine Vereinbarung, auf künftige Kaufverträge die Bestimmungen von BGB und HGB zur Anwendung zu bringen. Nicht die Möglichkeit, sondern der Sinn einer solchen Vereinbarung muß in Frage gestellt werden.

Auf der anderen Seite kann eine Bejahung der objektiven Rechtsgeltung der AGB ein Indiz dafür sein, daß es tatsächlich einen objektiv vorgeformten Bankvertrag gibt. Die AGB der Banken würden dann u.U. einen im objektiven Recht vorgeformten Vertragstyp darstellen, vergleichbar dem Versicherungsvertrag im Versicherungsvertragsgesetz. Offen wäre dann jedoch, ob die AGB nur *e i n e n* Vertragstyp, den Bankvertrag, regeln wollen, oder ob sich ihre Bestimmungen auf eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragstypen erstrecken sollen.

Auf die soeben aufgeworfenen Fragen braucht aber nur dann eingegangen zu werden, wenn die Untersuchung der Rechtsnormeneigenschaft der AGB zu einem positiven Ergebnis führt.

Es empfiehlt sich eine genaue Überprüfung der Rechtsnormeneigenschaft der AGB, da nicht nur in der Vergangenheit ¹⁾, sondern auch noch in letzter Zeit ²⁾ die Ansicht vertreten worden ist, den AGB komme die Eigenschaft von Rechtsätzen zu.

1. vgl. Herschel, Bernhardt, Hamann oben S.43 ff

2. vgl. Herold, aaO. S. 16

§ 7 Die AGB als Rechtsnormen.

Zunächst sind die Wesenszüge herauszustellen, die einer Norm erst die Eigenschaft geben, objektives Recht zu sein. Die Wirkung einer Norm ist die eines Obersatzes, aus dem durch Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes eine konkrete Rechtsfolge oder Rechtslage abgeleitet wird. Die Rechtsnorm muß daher allgemein gehalten sein. Sie darf sich grundsätzlich nicht auf einen bestimmten Rechtsgenossen, sondern muß sich auf die Rechtsgenossen schlechthin beziehen. Wolff definiert wie folgt ¹): "Im rechtstheoretischen Sinn ist Rechtssatz der geschriebene oder ungeschriebene Ausdruck jeder auf das äußere Verhalten von Menschen bezüglichen abstrakten Anordnung (Norm), die auftritt mit dem Anspruch, verbindlich zu sein, weil sie mit dem Rechtsprinzip übereinstimmt, und die als 'positiver' Rechtssatz juristisch und damit i. d. R. sozial gilt."

Man kann durchaus den Standpunkt vertreten, daß die AGB das Erfordernis der Abstraktheit erfüllen. Sie sind insofern abstrakt gedacht, als sie nicht einen bestimmten einzelnen Vertrag, nicht einmal ein einzelnes Kundenverhältnis, sondern deren unbestimmt viele regeln sollen. Auch in der äußeren Form gleichen die AGB mit ihrer Gliederung in einen allgemeinen und in einen besonderen Teil dem Aufbau der meisten Gesetze.

Aber die äußeren Formen machen eine Bestimmung noch nicht zur objektiven Rechtsnorm. Das Wesen der Rechtsnorm liegt vor allem in ihrer Verbindlichkeit den Rechtsgenossen gegenüber, die den von ihr geregelten Sachverhalt verwirklichen. Es genügt nicht der Anspruch auf Verbindlichkeit, wie ihn Wolff fordert, sondern die Verbindlichkeit muß wirklich bestehen. Es ist hierbei unerheblich, ob es sich

1. aaO. S. 90

um zwingendes oder nachgiebiges Recht handelt. Auch das nachgiebige Recht wirkt unmittelbar verbindlich für die Rechtsgenossen. Seine Ausschaltung ist nur möglich, wenn sich alle betroffenen Parteien in einem gegenüber der Rechtsgeltung sekundären Akt damit einverstanden erklären. Es gibt sogar eine Auffassung, die eine solche ausschließende Vereinbarung unwirksam sein lassen will, wenn nicht an Stelle des nachgiebigen Rechts eine Regelung vereinbart wird, die in der konkreten Sachlage im gleichen Maße dem Ausgleich der Interessen dient, wie er durch das dispositive Recht garantiert wird.

Ob ein Rechtssatz in der äußeren Form des objektiven Rechts auch wirklich objektives Recht ist, ist nur von seinem Ursprung her zu beantworten. Ein Rechtssatz entsteht nicht aus sich selbst heraus, sondern aus dem schöpferischen Akt eines Rechtssubjekts. Demzufolge kann auch der Rechtssatz nicht aus sich selbst den Anspruch erheben, rechtsverbindlich zu sein. Dieser Anspruch ist abhängig vom Willen und von der Befugnis des Normsetzenden.

Die AGB beruhen auf der einseitigen Festsetzung durch die Unternehmer oder Unternehmerverbände. Diese sind als ihre Urheber anzusprechen; von ihnen gehen sie aus. Diesen Urhebern kann der Wille nicht abgesprochen werden, daß die AGB grundsätzlich ohne Ansehen der Person auf alle hierin geregelten Sachverhalte Anwendung finden sollen. Ob dieser Wille jedoch die unmittelbare, objektive Wirkung hat, wie sie bei der Rechtssetzung erforderlich ist, ist abhängig vom Status desjenigen, der diesen Willen setzt.

Eine Antwort auf die Fragen finden wir in der Rechtsquellenlehre; mit a.W.: die Frage nach der Rechtseigenschaft der AGB aufwerfen, heißt die Frage nach den gültigen Rechtsquellen stellen. Es soll hier nicht auf die rechtsphilosophische Problematik der überhaupt möglichen Rechtsquellen eingegangen werden. Das würde über den Rahmen

dieser Arbeit hinausgehen. Es muß genügen, auf die zu dieser Zeit, an diesem Ort, d.h. in der Bundesrepublik Deutschland, konkret zugelassenen Rechtsquellen abzustellen. Für die Beurteilung einer Rechtserscheinung ist die jeweilige Verfassungswirklichkeit von unmittelbarer Bedeutung ¹⁾. Durch sie wird verbindlich festgesetzt, wer befugt ist, Normen aufzustellen.

Ausgangspunkt ist der Artikel 20 des Grundgesetzes. Er enthält eine "Verfassung in Kurzform" ²⁾. In dem ersten und zweiten Absatz des Artikels wird unmißverständlich der Grundsatz festgelegt, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. Die Staatsgewalt ist ein komplexer Begriff, als Bestandteile dessen nach dem Wortlaut des Gesetzes Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gelten. Unter Gesetzgebung ist hier die Setzung formellen Rechts gemeint, die nur durch die verfassungsmäßig berufenen Organe erfolgen kann. Aber auch der weitere Begriff des Gesetzes im materiellen Sinn ist in die demokratische Grundordnung miteinbezogen, wenn es in Artikel 20 Abs. 3 des Grundgesetzes heißt, daß die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Recht und Gesetz gebunden seien. Letztlich kann also der Wille, einem Rechtssatz objektive Geltung zu verschaffen, entsprechend dem in Artikel 20 des Grundgesetzes verankerten demokratischen Prinzip wirksam nur vom Volke ausgehen.

Dieser Grundsatz ist auch der Ausgangspunkt der herrschenden Rechtsquellenlehre. Hiernach beruht das Recht auf dem Willen einer Gemeinschaft, dem Gemeinwillen. Er offenbart sich entweder in ausdrücklicher Rechtsetzung oder stillschweigend durch das Rechtsleben selbst als Gewohnheitsrecht ³⁾.

1. vgl. Forsthoff, aaO. S. 113

2. Hamann, aaO. Anm. B zu Artikel 20 GG

3. vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 205 f.

Dieser auch von uns vertretenen Auffassung tritt die von Raiser entgegen ¹⁾. Das Wesen der Norm liegt für ihn in dem normativen Geltungsanspruch, in seiner Vereinbarkeit mit den sogenannten überpositiven Werten, wozu notwendigerweise die Möglichkeit kommen muß, diese Rechtsordnung innerhalb des Rechtskreises, für den sie gelten soll, zu verwirklichen. Die von Raiser aufgestellten Erfordernisse werden von den AGB grundsätzlich erfüllt; insbesondere kann an ihrer Durchsetzbarkeit durch die wirtschaftlich stärkeren Unternehmer nicht gezweifelt werden. Folgt man der Auffassung Raisers, würde das bedeuten, daß dem wirtschaftlich Stärkeren prinzipiell gegenüber dem Schwächeren Rechtsetzungsbefugnis zusteht. Da objektives Recht jederzeit durch objektives Recht abgeändert werden kann, würden auch die zwingenden Normen unserer Rechtsordnung ihre Schutzfunktion weitgehend verlieren. An die Stelle des sozialen Rechtsstaates würde die Willkür des Stärkeren treten.

Es besteht daher keine Veranlassung, vom Standpunkt der herrschenden Lehre in irgendeinem Punkt abzurücken. Es kommt somit darauf an, inwieweit durch die AGB der Gemeinwille verkörpert wird, sei es durch ausdrückliche Gesetzgebung, sei es durch Gewohnheitsrecht.

a) die Gesetzgebung.

Zunächst soll auf die ausdrückliche Rechtsetzung eingegangen werden, auf das Gesetz im formellen Sinn.

Da die Gemeinschaft die Gesamtheit der Rechtsgenossen ist, wäre zur Gültigkeit eines Rechtssatzes die Zustimmung der entsprechenden Mehrheit aller deutschen Staatsbürger erforderlich. Hierbei kann es sich allerdings nur um eine Fiktion handeln. An die Stelle des gedachten mittelbaren Willens der Gemeinschaft tritt der konkrete unmittelbare

1. aaO. S. 67

wille ihrer Organe, wenn es heißt, daß die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung ausgeübt wird. Diese Organe handeln nicht auf Grund delegierter Vollmacht, sondern unmittelbar kraft ihrer verfassungsmäßigen Stellung. Sie stehen nicht an Stelle der Gemeinschaft, sondern sie sind eine Erscheinungsform der Gemeinschaft selbst. Soweit also eine Person oder eine Personenmehrheit verfassungsmäßig als Organ zur Gesetzgebung berufen ist, schafft ihr Wille, objektives Recht setzen zu wollen, auch solches. Eine solche Stellung kommt den Unternehmern und Unternehmerverbänden in unserem Staat nicht zu.

Die Organe sind aber unter Umständen befugt, die Rechtsetzung teilweise auf einzelne Personen oder Zusammenschlüsse von Personen zu delegieren. Man spricht in solchen Fällen von "beliehenen Unternehmern" ¹). Ihnen können Befugnisse zur Rechtsetzung in der Weise übertragen werden, daß auf sie die Kompetenz zur verbindlichen Regelung von Rechtsverhältnissen durch generelle Normen übergeht. Der beliebene Unternehmer könnte auf diesem Wege auch ermächtigt werden, allgemeine Bedingungen durch generelle Anordnung festzusetzen. So kann also ein Privatrechtssubjekt durch einseitigen Akt verbindliches, objektives Recht setzen. Sein Rechtscharakter ist in etwa mit der einer Rechtsverordnung zu vergleichen.

Nach deutscher Rechtsauffassung bedarf die Übertragung von Hoheitsbefugnissen an beliebene Unternehmer der gesetzlichen Grundlage. Da es an einer solchen gesetzlichen Ermächtigung der Banken bzw. ihrer Interessenverbände fehlt, ist auch in dieser Hinsicht der schriftlichen Fixierung der AGB der Normencharakter abzusprechen.

1. die hier vertretene Auffassung folgt den Ausführungen von Huber, aaO. S. 537 ff.

Wie verhält es sich mit der Möglichkeit der Sanktionierung der AGB durch die Organe des Gemeinwesens? Im Gegensatz zu der Delegation der Gesetzgebungsbefugnis auf die beliebigen Unternehmer geht bei der Sanktionierung der unmittelbare Wille, objektives Recht zu schaffen, der Rechtsbefehl, nicht von einer Privatperson, sondern von den Staatsorganen aus. Die zunächst von den Unternehmern aufgestellten allgemeinen Bedingungen werden erst in einem zweiten, nachfolgenden Akt der Organe des Staates - etwa in Form einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung - zur objektiven Norm ¹⁾. Im Gegensatz zum Arbeitsrecht ist im Bankrecht nach geltendem Recht die Möglichkeit nachfolgender Sanktionierung allgemeiner Vertragsbestimmungen durch den Staat nicht vorgesehen.

Zu einer gewissen Verwirrung konnte der Wortlaut des § 36 KWG a.F. führen, dessen erster Satz lautete: " Der Reichswirtschaftsminister kann Mehrheitsbeschlüsse der Spitzenverbände der Kreditinstitute über die Geschäftsbedingungen - insbesondere über die Zins- und Provisionssätze - und über den Wettbewerb für allgemein verbindlich erklären." Diese Vorschrift war rechtswirksam bis zum 1. Januar 1962 ²⁾, dem Tage, an dem das neue Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 ³⁾ in Kraft trat. Trotz des Wortlautes wurden durch diese Bestimmung nicht die AGB betroffen, wie es z.B. Lukes ⁴⁾ irrigerweise annimmt. Prost ⁵⁾ hat überzeugend dargelegt, daß die Geschäftsbedingungen des § 36 KWG a.F.

1. dies ist herrschende Auffassung. Abzulehnen ist daher Herschel in DR 1942,754, der meint, durch die Verbindlichkeitserklärung würden die Bedingungen nicht erst zu Normen gemacht, sondern nur in ihrer normativen Wirkung verstärkt.

2. vgl. Schmitt, ZKW 1961,74

3. BGBl I 881

4. aaO. S. 464 Anm. 16

5. BB 1955,1033

nicht auch die AGB umfaßten. Gemeint waren lediglich die sogenannten Konditionen, d.h. die Abmachungen über Zinsen und Provisionen, wie sie sich im Soll- bzw. Habenzinsabkommen finden. Es ist auch niemals versucht worden, vom Staat aus auf Grund dieser Bestimmung in die aufstellung der AGB einzugreifen.

In dieser Hinsicht hat auch das neue KWG keine Erweiterung der Befugnisse der Bankenaufsichtsbehörde gebracht. Vielmehr hat § 23 Abs. 1 KWG n.F. die von dem Wortlaut des § 36 KWG a.F. ausgehenden Unklarheiten beseitigt. Es wird dem Bundesminister der Finanzen bzw. dem von diesem beauftragten Bundesaufsichtsamt lediglich der Eingriff in die Gestaltung der Bedingungen gestattet, zu denen Kredite gewährt und Einlagen entgegengenommen werden, und die sich auf die Zinsen und Provisionen beziehen.

b) Das Gewohnheitsrecht.

Auf dem Wege der ausdrücklichen Rechtsetzung kann nach Vorstehendem eine Normeneigenschaft der AGB nicht begründet werden. Bei den AGB handelt es sich um Erscheinungen des Handels- und Wirtschaftsrechts. Gerade auf diesem Gebiet ist aber die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechtes von großer Bedeutung.

An den Anfang der Erörterung soll die Definition des Gewohnheitsrechtes bei Enneccerus-Nipperdey¹⁾ treten: "Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht."

Diese Auffassung geht vom Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft der Rechtsgenossen, des Volkes aus. Sie steht auf dem Boden der gültigen Verfassung und ihr ist der Vorrang

1. aaO. S. 261

zu geben vor derjenigen, die als Geltungsgrund eine ausdrückliche oder stillschweigende Billigung des Gesetzgebers annimmt. Gleichfalls muß die Auffassung abgelehnt werden, daß der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes nur in der Übung liege. Objektives Recht, das ohne oder gar gegen den Willen der Gemeinschaft entsteht, ist mit dem Grundsatz des demokratischen Rechtsstaates unvereinbar. Zur Übung hinzukommen muß daher der Wille, eine bindende Regel zu verwirklichen, indem man sie durchsetzt oder ihr gehorcht. Dieser Wille wird gemeinhin als "*opinio necessitatis*" bezeichnet. Der Wille wird in der Regel erst nach einer stetigen und dauernden Übung eintreten. Die Übung wird so zur Vorstufe des Gewohnheitsrechtes. Durch Hinzutreten der "*opinio necessitatis*" wird aus der Übung von einem gewissen, allerdings nur schwer bestimmbareren Zeitpunkt an Gewohnheitsrecht. Die Übung ist Erfordernis der Entstehung von Gewohnheitsrecht, nicht Beweismittel seiner Existenz. Durch sie wird ähnlich wie beim Gesetz durch die Verkündung der Rechtsgeltungswille manifestiert.

Nimmt man somit gewohnheitsmäßige Übung und Rechtsgeltungswillen der Beteiligten als die Voraussetzungen der Bildung von Gewohnheitsrecht an, so besteht die reale Möglichkeit, daß sich im Rahmen der AGB Gewohnheitsrecht bildet, gebildet hat, bzw. daß bereits vorhandenes Gewohnheitsrecht in die AGB aufgenommen wird oder worden ist. Es ist sehr schwer, aus dem Bündel der Bestimmungen die herauszufinden, auf die das zutrifft. Denkbar sind solche Bestimmungen. Doch stellen sie nur die Ausnahmen dar; keinesfalls bestimmen sie das Bild der AGB. Die Rechtsnormeneigenschaft der AGB wird zumeist am Fehlen des Rechtsgeltungswillens eines Teiles der beteiligten Kreise scheitern.

Denn ein Rechtsgeltungswille ist nicht ohne weiteres anzunehmen, wo die AGB widerspruchsflos zur Regelung von Rechtsverhältnissen herangezogen werden. Erforderlich ist,

daß dies freiwillig geschieht ¹⁾). Freiwilligkeit liegt vor, wenn die Bestimmungen der AGB nicht nur deshalb eingehalten werden, weil eine wirtschaftlich oder politisch mächtige Gruppe sie den übrigen Verkehrsteilnehmern gegen deren bewußte Rechtsüberzeugung aufzunötigen verstanden hat. Denn wenn das der Fall wäre, könnte die tatsächliche Gepflogenheit nach Larenz nicht als Ausdruck des Willens gelten, sich "dem Rechte gemäß" zu verhalten, sondern wäre rein faktisch bedingt. Nicht die Erzwingbarkeit, sondern die Freiwilligkeit der Anwendung der AGB kann ihnen die Eigenschaft objektiven Rechts verleihen ²⁾).

Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte wird man in den Bestimmungen der AGB nur sehr selten gewohnheitsrechtliche Normen sehen können. Wo dieses jedoch einmal der Fall sein sollte, scheiden die Bestimmungen wesensmäßig aus den AGB aus, denn es ist ja das Wesen der Norm - jedenfalls nach der herrschenden objektiven Theorie ³⁾ - daß wie jeder andere, auch der an ihrer Entstehung Beteiligte nunmehr selbst der Norm mitunterworfen ist. Die zum Gewohnheitsrecht gewordenen Bestimmungen der AGB lösen sich somit nicht nur vom Willen des Kunden, sondern auch von dem der Banken. Das bedeutet, daß die Einflußnahme der Kunden wie der Banken auf die Bestimmungen nur noch im Rahmen des dispositiven Rechts möglich ist, d.h. nur noch durch Parteivereinbarung. Dabei ist eine völlige Beseitigung der Vorschriften auf diesem Wege ausgeschlossen. Es kann lediglich die gewohnheitsrechtliche Regelung im Einzelfall durch eine vereinbarte ersetzt werden; das Fortbestehen der Bestimmung als eine Norm des Gewohnheitsrechts wird hierdurch jedoch nicht berührt. Daraus folgt, daß

1. vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 270

2. vgl. oben S. 52

3. vgl. Engisch, aaO. S. 89

eine Bestimmung der AGB, sobald sie Gewohnheitsrecht geworden ist, ihres Wesens als allgemeiner Geschäftsbedingung verlustig geht ¹⁾; denn nach Ziffer 27 der AGB der Banken, der die Ziffer 27 Abs. 1 der AGB der Sparkassen entspricht, können die Bestimmungen der AGB durch die Bank mit Zustimmung des Kunden geändert werden. Die Zustimmung des Kunden wird dabei vermutet, wenn er nicht binnen zwei Wochen nach Bekanntmachung der Änderung schriftlich Widerspruch erhebt. Praktisch liegt somit die Möglichkeit jederzeitiger Änderung der AGB - insbesondere hinsichtlich zukünftiger Geschäftsabschlüsse - einseitig bei den Banken; eine Tatsache, die mit dem Erfordernis der objektiven Geltung einer Norm unvereinbar ist.

Das besagt nicht, daß eine solche zur Rechtsnorm gewordene Bestimmung nicht weiterhin zusammen mit anderen nicht oder noch nicht zu objektiven Rechtsnormen gewordenen Bestimmungen der AGB Gegenstand einer Vereinbarung sein kann. Doch hat eine solche Vereinbarung in Hinsicht auf die objektive Rechtsnorm wenig Sinn, es sei denn es würde eine Anwendbarkeit der Norm ausgeschlossen oder geändert.

Dieser Exkurs über die Stellung einer zur gewohnheitsrechtlichen Norm erhobenen AGB-Bestimmung im Gesamtkomplex der AGB darf nicht die Tatsache verschleiern, daß die AGB grundsätzlich kein Gewohnheitsrecht darstellen.

c) Die Verkehrssitte.

Im Zusammenhang mit der Anwendung von AGB ist dem Handelsbrauch und der Verkehrssitte schon immer große Bedeutung zuerkannt worden. Die verschiedenen Auffassungen über das Verhältnis der Verkehrssitte zu den AGB spiegelt sich in der Vorstellung Raisers über den Rechtscharakter und die

1. vgl. Raiser, aaO. S. 62

Art der Wirkung der Verkehrssitte wieder ¹).

Raiser geht - wie bereits dargestellt - von drei verschiedenen Möglichkeiten aus, wie die AGB über die Verkehrssitte zur Geltung gelangen können. Diese Dreistufigkeit darf aber nicht so gesehen werden, als gehe Raiser von drei wesensmäßig unterschiedlichen Formen der Verkehrssitte aus. Er stellt vielmehr nur zwei Arten der Wirksamkeit der Verkehrssitte einander gegenüber: Die Verkehrssitte könne einmal nur den Sinn einer tatsächlichen Übung haben, der die Funktion eines Hilfsmittels zur Auslegung von Verträgen nach § 157 BGB zukomme. Sie könne aber auch von einer Gruppe von Rechtsgenossen zur bewußten Regel erhoben und als Rechtssatz sanktioniert werden. Der Verkehrssitte komme im letzten Fall eine normierende Kraft zu.

Ob nun Gegenstand der Verkehrssitte nur die Verweisung auf AGB oder die AGB selbst sind, berührt die Aufgliederung der Verkehrssitte in tatsächliche Übung und normierenden Rechtssatz nicht. Auf beiden Stufen können Gegenstand der Verkehrssitte die Verweisung oder die AGB selbst sein. Es könnte daher statt der von Raiser vertretenen Dreistufigkeit, in der die AGB über die Verkehrssitte zur Anwendung kommen sollen, auch eine Vierstufigkeit angenommen werden.

Die Bedeutung, die Raiser der Verkehrssitte im Rahmen des § 157 BGB einräumt, entspricht den meisten Vorstellungen von ihrem Wesen. Die Verkehrssitte als tatsächliche Übung spielt außer in § 157 BGB auch in den §§ 133, 242 BGB und als Handelsbrauch in § 346 HGB eine Rolle. Der Handelsbrauch ist eine Art der Verkehrssitte, nämlich die zwischen Kaufleuten herrschende Verkehrssitte ²).

1. vgl. oben S.42 f

2. vgl. Gallois, aaO. S. 45, mit zahlreichen Literaturstellen v. Godin, aaO. S.

Ein wesensmäßiger Unterschied zwischen Verkehrssitte und Handelsbrauch besteht nicht, sie besitzen lediglich einen besonderen Anwendungsbereich ¹⁾. Diese Bereiche sind nicht immer scharf zu trennen, sie gehen ineinander über. So bringt es die Entwicklung des modernen Geschäftsverkehrs mit sich, daß kaufmännische Gepflogenheiten auch dem Nichtkaufmann weitgehend bekannt werden, daß er sich auf sie einläßt mit der Wirkung, daß die kaufmännische Verkehrssitte zur allgemeinen Verkehrssitte wird. ²⁾

Die Verkehrssitte ist die aus der Erfahrung zu entnehmende, den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung ³⁾. Der Begriff Übung erfordert wesensmäßig ein gleichförmiges Verhalten zwischen Kaufleuten bei dem Handelsbrauch, oder in weiteren Kreisen bei der allgemeinen Verkehrssitte. Man verhält sich entsprechend einer bestimmten Regel. Die Ursache dieses Verhaltens kann verschiedener Art sein: Es können Überlegungen der Zweckmäßigkeit, es kann aber auch die wirtschaftliche Macht einzelner oder von Gruppen sein, auf die die tatsächliche, gleichförmige Übung zurückzuführen ist.

Entgegen der Meinung von Nastelski ⁴⁾, der davon ausgeht, daß die Anwendung von AGB nur in seltenen Fällen Handelsbrauch oder Verkehrssitte geworden sei, steht doch wohl fest, daß es heute in vielen Wirtschaftszweigen allgemein üblich ist, AGB zur Anwendung zu bringen. Die Unternehmer und Unternehmerverbände, die AGB aufgestellt haben, machen diese durchwegs auch zum Inhalt ihrer Geschäftsabschlüsse. Es steht daher nichts der Annahme im Wege, daß in den

1. Weber, aaO. S. 66

2. Schlegelberger, aaO. § 346 Anm. 5

3. Weber, aaO. mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung

4. aaO. S. 212

meisten Wirtschaftszweigen die Heranziehung der AGB zur Verkehrssitte geworden ist. Hierzu zählen auch die Banken, die schon sehr früh in ihrem Geschäftsbereich AGB aufgestellt und verwandt haben ¹⁾).

Eine solche rein tatsächliche Übung liegt zunächst außerhalb der Rechtssphäre. Sie erzeugt keinerlei Rechte und Verpflichtungen. Allein die Heranziehung dieser rein tatsächlich geübten Regeln durch das Gesetz verleiht ihnen - wenn auch nur mittelbar - Rechtswirksamkeit. Es muß scharf zwischen der Verkehrssitte und der Rechtsnorm unterschieden werden, durch die die Verkehrssitte rechtliche Wirksamkeit erhält. Der BGH hat dazu wie folgt Stellung genommen ²⁾: "Eine Verkehrssitte besitzt nicht unmittelbar rechtsgestaltende Kraft zwischen den am Vertrag Beteiligten, sondern nur wenn sie zum Inhalt des jeweils abgeschlossenen Einzelvertrages geworden ist. Die Verkehrssitte oder Verkehrsübung schafft kein Gewohnheitsrecht, sie ist keine Rechtsregel, sie kann deshalb unmittelbar keine Rechtsverhältnisse ordnen. Das kann nur der Parteiwille oder das Recht, das die Übung für maßgebend erklärt." Als Vertreter der Literatur soll Brändl ³⁾ zu Wort kommen: "Als abgeschwächte Rechtsquelle hat man die 'Verkehrssitte' und 'die im Handelsverkehr herrschenden Gebräuche' bezeichnet. Es handelt sich aber dabei um eine aus der Erfahrung zu entnehmende, den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung, deren rechtsverbindliche Kraft durch das Gesetz angeordnet, also abgeleitet ist und die den Willen der Parteien ergänzt, auch wenn diese davon keine Kenntnis haben, deren Geltung diese aber durch Vereinbarung ausschließen können."

Die Verkehrssitte ist also eine rein tatsächliche Übung, die von dem Gesetz herangezogen wird, wenn die Unklarheit

1. vgl. oben S. 30 f

2. BB 1956, 868

3. bei Staudinger, aaO. Band I Einl. 49

einer Willenserklärung, eines Rechtsgeschäftes eine Auslegung erfordert. Rechtswirksam ist allein der Wille, der oder des Erklärenden. Die Auslegung ist eine Suche nach dem Gewollten und die Verkehrssitte dient dieser Aufgabe, da anzunehmen ist, daß der Wille der einzelnen Rechtssubjekte den allgemein üblichen Vorstellungen folgt, falls nichts Abweichendes erklärt ist. Mit dieser Funktion als Hilfsmittel erschöpft sich die Bedeutung der Verkehrssitte.

Abzulehnen ist insbesondere die Vorstellung, daß der Verkehrssitte selbst die Eigenschaft eines Rechtssatzes zukomme, was von Raiser ¹⁾ und in letzter Zeit von v. Godin ²⁾ behauptet wird. Auch v. Godin geht wie Raiser zunächst von der Verkehrssitte als Mittel der Willenserforschung aus. Der Begriff der Verkehrssitte habe aber auch noch einen ethischen Sinn, worauf das Wort "Sitte" hinweise, obwohl Verkehrssitte nicht gleichbedeutend mit guter Sitte sei. Schließlich bedeute sie darüber hinaus eine allgemeine oder in bestimmten Kreisen oder örtlichen Grenzen geltende Norm rechtsethischen oder nur ordnenden Inhalts. Diese sei Ausdruck eines allgemeinen oder nur partiellen Gemeinwillens. Es handle sich hierbei um Rechtsnormen außerhalb des Gesetzes, die von den Gerichten anerkannt werden müßten - ohne daß diese dazu gesetzlich ermächtigt zu sein brauchten - um durchgesetzt werden zu können. Soweit es sich um Normen handle, die nicht sittliche Postulate aussprechen, sei die Verkehrssitte abdingbar. Soweit die Verkehrssitte Normen aufstelle, sei sie vom Gewohnheitsrecht nicht zu unterscheiden.

Diese Schlußfeststellung zeigt mit Deutlichkeit die Verwandtschaft der Gedankengänge von v. Godin mit denen von Raiser. Auch er setzt die normierende Verkehrssitte dem

1. vgl. oben S. 42 f

2. aaO. S. 21

Gewöhnheitsrecht gleich ¹⁾).

Man fragt sich nur, weshalb beide Autoren nicht gleich von Gewöhnheitsrecht sprechen. Denn in der Tat deckt sich die Entstehung der normierenden Verkehrssitte ganz mit der Entstehung des Gewöhnheitsrechtes ²⁾. Das Gewöhnheitsrecht, aus der Übung erwachsen, zeichnet sich ja dadurch vor ihr aus, daß beim Gewöhnheitsrecht der Wille praktiziert wird, eine bindende Regel zu verwirklichen. Die gleichen Voraussetzungen nehmen aber auch Raiser und v. Godin an für die sogenannte normierende Verkehrssitte. Denn was soll sonst unter dem Erheben der tatsächlichen Übung zur bewußten Regel und ihrer Sanktionierung als Rechtssatz verstanden werden.

Die Geltung einer besonderen normierenden Verkehrssitte neben dem Gewöhnheitsrecht muß abgelehnt werden. Nach wie vor stellt die Verkehrssitte nichts anderes dar als eine tatsächliche Übung, die im Rahmen der §§ 133, 157, 242 BGB, § 346 HGB als Hilfsmittel der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen herangezogen wird und nur dort ihren Platz hat. Trotz gewisser objektiver Aspekte muß der Verkehrssitte die Eigenschaft einer Rechtsnorm abgesprochen werden. Selbst soweit die AGB zum Handelsbrauch oder zur Verkehrssitte werden, erwerben sie damit noch nicht die Eigenschaft einer objektiven Norm.

d) Revisibilität der AGB.

Im Gegensatz zur Meinung Hamanns ³⁾ steht der Ablehnung der Normeneigenschaft der AGB nicht entgegen, daß nach einheitlicher Auffassung die Nachprüfung der Anwendung der AGB durch die Revisionsgerichte im Rahmen der §§ 549 Abs. 1 und

1. vgl. aaO. S. 32

2. vgl. oben S. 55 ff

3. vgl. oben S. 44 ff

550 ZPO zulässig ist. Die falsche Anwendung der AGB gilt als Verletzung eines Gesetzes, einer Rechtsnorm.

Bei der Lösung dieses scheinbaren Widerspruches müssen wir uns vor Augen halten, daß uns im Rahmen dieser Arbeit die Frage nach dem Rechtscharakter der AGB auf materiell-rechtlichem Gebiet gestellt ist. Trotz des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Rechtsordnung, die ihren Ausdruck u.a. in der sinngemäßen Übereinstimmung des Artikels 2 EGBGB mit dem § 12 EGZPO findet, muß bei der Beurteilung rechtlicher Begriffe darauf geachtet werden, ob sie auf materielles oder formelles Recht bezogen sind.

Die Revisionslehre läßt sich bei der Bestimmung der Revisibilität, d.h. des Inhalts der §§ 549, 550 ZPO in erster Linie vom "Rechtseinheitszweck"¹⁾ leiten. Wie auf der einen Seite alle zur Wahrung der Rechtseinheit nicht unbedingt erforderlichen Geschäfte von den Revisionsgerichten ferngehalten werden müssen, so ist es auf der anderen Seite erforderlich die Teile eines Urteilsspruches, die für die Gleichförmigkeit der Rechtsprechung nachteilig sein können, nachzuprüfen. Zweck der Revision ist es, das Verhalten der Rechtsgenossen zu beeinflussen und auf eine einheitliche Beurteilung typischer Rechtslagen durch andere Gerichte hinzuwirken. Diese Voraussetzungen sind bei den AGB gegeben, da sie bei einer großen Zahl bestehender und künftiger Verträge gleichförmige Anwendung finden. Ihre unterschiedliche Auslegung würde eine Gefahr für die allgemeine Rechtssicherheit darstellen. Allein aus diesem Grunde werden die AGB der Beurteilung durch die Revisionsgerichte zugänglich gemacht. Ihr materieller Rechtscharakter ist dabei ohne Bedeutung.

1. dieser Ausdruck wird von Schwinge angewandt aaO. S. 33; vgl. dort auch wegen der folgenden Ausführungen.

Die Literatur trägt diesem Gedankengang Rechnung, indem sie im Zusammenhang mit der Revisibilität der AGB nur von einer "Gleichstellung" mit den Rechtsnormen spricht ¹⁾. Soweit also nicht, wie bei Schwinge ²⁾, für die Revisionslehre ein eigener Rechtsnormenbegriff geschaffen wird, wird die Revisibilität der AGB nicht auf ihren Normencharakter, sondern auf die Notwendigkeit, sie analog einer Norm zu behandeln, gestützt.

Auch der folgende Punkt muß hier Beachtung finden: Bei der Überprüfung der AGB in der Revisionsinstanz geht es zumeist um Fragen der Auslegung ³⁾. Es ist sehr fraglich, ob es zur Begründung der Revisibilität hier überhaupt darauf ankommt, ob die AGB Rechtsnormen sind. Bei einer falschen Auslegung der AGB können ja eindeutig materiell-rechtliche Normen verletzt worden sein, wie die §§ 133, 157, 242 BGB oder § 346 HGB. Wegen Verletzung dieser Normen hält Rosenberg ⁴⁾ auch die unrichtige Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen für revisibel. Nach Wieczorek ⁵⁾ sind Auslegungen von Rechtsgeschäften unter dem Gesichtswinkel eines verletzten Gesetzes revisibel. Dahin gehöre die Rüge, daß gegen §§ 133, 157, 242 BGB bei der Auslegung in der Vorinstanz verstoßen worden sei.

Wenn auch die Rechtsprechung in der Frage, in wieweit die Auslegung von Willenserklärungen in der Revisionsinstanz nachprüfbar ist, eine klare Linie noch vermissen läßt ⁶⁾, so wird doch grundsätzlich die Auslegung von Verträgen unter

-
1. vgl. Zöllner, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl., Anm. zu § 550 Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., S. 703
 2. aaO. S. 63, 65, 98
 3. vgl. Trost-Schütz, aaO. S. 1 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung
 4. aaO. S. 703
 5. aaO. § 550 Anm. B II c
 6. Stein-Jonas-Pohle, aaO. § 549 Anm. 10

dem Gesichtspunkt richtiger Anwendung den Auslegungsregeln für revisibel erklärt. Die Ablehnung einer Normeneigenschaft und die Annahme eines reinen Vertragscharakters würde auch insofern der Revisibilität der AGB nicht im Wege stehen.

§ 8 Die AGB als Richtlinienvertrag.

Nach Ablehnung jeglicher objektiver Geltung bleibt als Grundlage der rechtlichen Wirksamkeit der AGB das Rechtsgeschäft, der Vertrag. Aus dem Begriff des Vertrages als eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts ergibt sich, daß weder die einseitige aufstellung der AGB durch die Banken noch ein einseitiger Akt des Kunden, wie er vielfach in der Unterwerfungserklärung gesehen wird, ausreichen. Die Rechtswirksamkeit der AGB kann nur aus dem erklärten, übereinstimmenden Willen aller Beteiligten erwachsen, mit dem Inhalt, daß die AGB auf die zwischen ihnen entstehenden oder bestehenden Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen sollen.

Es kann hier nicht die Aufgabe sein, in der Lehre von der Willenserklärung einen eigenen Standpunkt einzunehmen. Insbesondere bezieht sich das auf die noch nicht ganz ausgetragene Auseinandersetzung um die dogmatische Begründung des Standpunktes der Rechtsprechung, daß die AGB auch dann Geltung haben sollen, wenn der Kunde sie nicht kannte aber hätte kennen müssen ¹). Wenn hier aber dennoch auf den Mechanismus des Vertragsabschlusses eingegangen wird, so geschieht dies lediglich, um das Verhältnis der Einigung über die AGB zu der über den einzelnen bankgeschäftlichen Vertrag zu klären. Es werden von einem Standpunkt außerhalb des dogmatischen Streits um das Wesen der Willenserklärung alle wesentlichen Lehrmeinungen zu berücksichtigen sein. Die Entwicklung unseres Rechts befindet sich im stetigen Fluß, und die Schlüssigkeit der Untersuchung wird um so widerstandsfähiger, je mehr sie auch schon Rechtsauffassungen berücksichtigt, die vielleicht erst in der Zukunft zur Herrschaft gelangen werden.

In Ergänzung der Geschichte der AGB soll zunächst rein

1. vgl. oben S. 44

ontologisch ihre Rolle herausgestellt werden, die sie bei den Vorstellungen und bei dem Verhalten der beteiligten Parteien spielen. Diese Rolle ist zum Teil recht unterschiedlich.

Eine gewisse Einheitlichkeit zeigt das Verhalten der die bankgeschäftlichen Leistungen anbietenden Unternehmer. Als den Urhebern der Bestimmungen ist allen gemeinsam die genaue Kenntnis der AGB und der Wille, die Rechtsverhältnisse mit den Kunden in der durch die AGB festgelegten und als zweckmäßig empfundenen Form zu gestalten. Nach ihrer Aufstellung werden die Formulare durchwegs durch Aushang in den Schalterräumen bekannt gegeben. Teilweise erfolgt auch Aushändigung eines Exemplars der AGB an bereits vorhandene oder auch noch zukünftige Kunden mit der Bitte, auf einem beiliegenden Vordruck Kenntnisnahme der AGB oder Einverständnis mit ihnen zu bestätigen. Die Aushändigung erfolgt zumeist bei der Eröffnung eines Kontos. Das Geschäftsverhältnis wird jedoch grundsätzlich unabhängig vom Eingang dieser Schreiben begonnen oder fortgesetzt. An Stelle der vollständigen Bekanntgabe der AGB wird oft auch nur in den Vordrucken für einzelne Bankgeschäfte, die der Kunde jeweils ausfüllt, in einer Klausel darauf hingewiesen, daß die AGB Geltung haben sollen.

Anders als die der Banken ist die Einstellung der Kunden zu den AGB. Wenige nur kennen ihren Inhalt, mehr wissen von ihrem Bestehen, viele jedoch wissen weder von ihrem Vorhandensein noch von ihrem Inhalt. Letzteres ist zumeist der Fall, wenn die AGB den Kunden nicht ausgehändigt, sondern allein in den Geschäftsräumen ausgehängt werden oder doch nur durch einen Hinweis oben gezeigter Art auf diesen Aushang verwiesen wird. Soweit die Kunden von den AGB überhaupt Kenntnis nehmen ist ihre Einstellung dazu sehr kritisch. Das ist nicht verwunderlich, da die Formularbestimmungen allein die rechtliche Position ihrer Urheber, der Banken, stärken wollen. In der Mehrzahl der Fälle wird der

Kunde sich ihnen wohl oder übel fügen, da er auf die Geschäftsverbindung mit der Bank angewiesen ist. Selten wird er sich offen gegen sie stellen. In solchen Fällen wird die Bank entweder keine Geschäfte für den Betreffenden durchführen, oder - soweit sie großen Wert auf den Kunden legt - sich seinen Wünschen fügen. In jedem Fall wird sich, falls es zu Geschäftsabschlüssen kommt, der wirtschaftlich Schwächere den Forderungen des Stärkeren unterwerfen. Der Stärkere ist nicht notwendigerweise die Bank; diese Rolle kann u. U. auch der Kunde spielen. Der Begriff Unterwerfung ist kein rechtlicher, sondern ein soziologischer. Man unterwirft sich auch nicht den AGB, sondern den Forderungen des Stärkeren. Die Auffassung, daß sich Bank wie Kunde gemeinsam den AGB unterwerfen würden, widerlegt sich selbst, denn das würde z.B. bedeuten, daß sich die Bank ihren eigenen Forderungen unterwerfen würde.

Eine rechtliche Würdigung der Vorgänge, die zu einer Rechtswirksamkeit der AGB führen, wird - wie schon angedeutet - von dem Rechtsgeschäft des Vertrages ausgehen müssen.

Das Wesen des Vertrages liegt bekanntlich zunächst in der gegenseitigen Erklärung des korrespondierenden Willens der Vertragsparteien, eine bestimmte Rechtslage schaffen zu wollen. Diesen Akt bezeichnen wir als die Einigung, die Vereinbarung. Sie ist die notwendige Voraussetzung, reicht aber zur Annahme eines Vertrages nicht aus. Hinzukommen muß noch die Anerkennung dieses Willens durch die Rechtsordnung; d.h. soweit die Sanktionierung des Parteiwillens verweigert wird, bleibt die Vereinbarung ohne Rechtswirkung. Da die deutsche Rechtsordnung vom Grundsatz der Vertragsfreiheit ausgeht, wird eine Vereinbarung auch prinzipiell die gewünschte Rechtsfolge auslösen. Auf ihr Zustandekommen ist daher in erster Linie zu achten. Erst danach wird ihre Übereinstimmung mit der Rechtsordnung zu prüfen sein.

Einfach liegen die Dinge, wenn der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien, die AGB zur Anwendung bringen zu wollen, erklärt wird; sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Handeln, wie es etwa im Auftrag an die Bank, ein bestimmtes Geschäft abzuwickeln, gesehen werden kann. Dabei ist das Verhalten eines Kunden, der weiß, daß die Bank nur zu AGB abschließen, der selbst aber dem nicht zustimmen will, jedoch ohne Widerspruch der Bank Aufträge erteilt, nach Treu und Glauben in ihrem objektivierten Sinn als Zustimmung auszulegen ¹⁾.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die Rechtsprechung, daß die AGB auch dann Anwendung finden sollen, wenn der Kunde das Vorhandensein von AGB gar nicht kannte, jedoch hätte kennen müssen. Ansatzpunkt für die verschiedenen Lösungsversuche ist auch hier der dem Bankinstitut erteilte einzelne Auftrag des Kunden.

In der Einstellung zu dem Verhalten des Kunden können zwei Hauptrichtungen unterschieden werden. Die einen ²⁾ wollen auf dem Wege der Auslegung dem vom Kunden mit der Bank abgeschlossenen Geschäftsvertrag den erweiterten Inhalt der Anerkennung der AGB geben. Die anderen versuchen, den Akt der Anerkennung der AGB deutlich vom Abschluß des Einzelgeschäftes zu trennen. Sie nehmen als Ausgangspunkt nicht eine mehr oder weniger ausdrückliche Willenserklärung, wie sie im Abschluß eines Bankgeschäftes liegt, sondern sie versuchen, die Rechtserheblichkeit des fahrlässigen Nichtwissens aus sich selbst zu deuten. Das bereitet sehr große Schwierigkeiten, die letztlich nur zu lösen sind, wenn man doch wieder in eine gewisse Beziehung zum Einzelgeschäft tritt. Man interpretiert aber nicht den Einzelvertrag, sondern der Abschluß des Einzelgeschäftes oder die

1. vgl. Soergel-Siebert, aaO. § 157 Anm. 2

2. Haus, aaO. S. 9 ff.

Möller, Streitgespräch E 22

Rospatt, BankA 32,488 f.

Verhandlungen über den Abschluß einer solchen Vereinbarung, das hieraus erwachsende Vertrauensverhältnis, sind ein besonderes Merkmal des Tatbestandes, der die Rechtsfolge der Wirksamkeit der AGB hat. Als weiteres Tatbestandsmerkmal muß objektiv der fehlende Widerspruch des Kunden gegen die AGB hinzukommen und subjektiv das Wissen oder Wissenmüssen, daß im Rahmen dieser Geschäftsbeziehungen AGB zur Anwendung gebracht werden.

Es sei hier nochmals auf den bemerkenswerten Lösungsversuch von Krause ¹⁾ hingewiesen, der den Geltungsgrund der AGB in der schuldhaften Nichterfüllung der auf dem sozialen Kontakt beruhenden Obliegenheit sieht, der Geltendmachung der AGB zu widersprechen, falls diese nicht anerkannt werden sollen. Im Prinzip pflichtet auch Meeske ²⁾ dem Lösungsversuch Krauses bei, wenn er sich auch ausdrücklich gegen Krause zu wenden glaubt. Das Verschulden bei Vertrags-schluß, das er dem schuldhaften Verstoß gegen die Pflichten aus sozialem Kontakt gegenüberstellen will, ist aber doch wohl nichts anderes, als eine besondere Erscheinungsform des von Krause zum Ausdruck gebrachten allgemeineren Rechtsgedankens. Aus dem Vertrauensprinzip werden hier Rechtsfolgen gezogen, die einer fahrlässigen Unterlassung die Wirkung eines Rechtsgeschäftes geben wollen. Die Auseinandersetzung über die Möglichkeit und die dogmatische Deutung solcher Konstruktionen ist noch lange nicht ausgetragen. Das Kernproblem liegt in der Lösung der Frage, wodurch es möglich sein soll, daß fahrlässiges Nichtwissen die Funktion einer positiven Willenserklärung übernimmt ³⁾.

In dieser Fragestellung erscheint das Problem mit den bereitstehenden Mitteln der Dogmatik unlösbar. Wie soll ein

1. oben S. 46

2. oben S. 46 f

3. vgl. Krause aaO. S. 266

schuldhaftes Unterlassen des Widerspruches die Bedeutung einer positiven Erklärung gewinnen. Die Versuche, die Rechtswirksamkeit der AGB in diesen Fällen aus sich selbst heraus zu erklären, müssen dogmatisch neuartige Wege gehen.

Ist es aber überhaupt notwendig, zur Klärung der Problematik im Zusammenhang mit der Anerkennung der AGB der Banken von dem fahrlässigen Unterlassen des Widerspruches auszugehen. Die AGB dienen doch der Regelung des bankmäßigen Geschäftsverkehrs, der Abwicklung der einzelnen Bankverträge. Es liegt doch sehr nahe, von den positiven Erscheinungen des Bankverkehrs, den Verhandlungen über Bankgeschäfte, oder dem Abschluß von Vereinbarungen, die Bankleistungen zum Gegenstand haben, auszugehen. Das erfordert, daß man den Ausgangspunkt der Überlegungen ändert, und die Wirksamkeit der AGB vom einzelnen Bankgeschäft her zu erklären sucht.

Als Mittel hierzu bietet sich die Auslegung des positiven Verhaltens des Kunden an. Zu prüfen ist, ob man nicht auf den bewährten dogmatischen Gleisen der Hermeneutik zu befriedigenden Ergebnissen kommen kann, wie dies von Möller als Vertreter der oben ¹⁾ zitierten ersten Auffassung im Streitgespräch des 41. Deutschen Juristentages behauptet wurde ²⁾.

Es ist schon darauf hingewiesen worden ³⁾, daß die Banken zu den Wirtschaftszweigen gehören, bei denen es allgemein üblich ist, die geschäftlichen Rechtsverhältnisse durch die Anwendung von AGB zu modifizieren. Dies geschieht nicht nur bei Geschäften mit Kaufleuten, sondern die AGB finden heute in einem viel weiteren Rahmen, entsprechend der Ausweitung

1. vgl. S. 70

2. vgl. Streitgespräch E 22

3. vgl. oben S. 31 f

des Bankgeschäftes, auch gegenüber Nichtkaufleuten Anwendung. Die Heranziehung der AGB durch die Banken ist zur allgemeinen Verkehrssitte geworden.

Damit können die AGB über die §§ 133, 157, 242 BGB zur Grundlage einer Auslegung der bankmäßigen Rechtsgeschäfte werden. § 346 HGB braucht wohl nicht berücksichtigt zu werden, da die Anwendung der AGB der Banken bereits über den Handelsbrauch hinausgewachsen und zur allgemeinen Verkehrssitte geworden ist.

Akut wird die Frage nach einer rechtswirksamen Vereinbarung der AGB erst, wenn der eine oder andere bankgeschäftliche Vertrag abgeschlossen wird; denn eine Bindung an die AGB kann nur durch den Abschluß und im Rahmen eines bankgeschäftlichen Einzelvertrages erfolgen. Es sei gestattet, diesen Standpunkt bereits hier als das Ergebnis einer weiter unten durchgeführten Untersuchung ¹⁾ zu vertreten.

Es gilt demnach zu prüfen, ob der einzelne bankgeschäftliche Vertrag so gedeutet werden kann, daß neben dem von beiden Parteien gewollten wirtschaftlichen Erfolg auch die AGB Vertragsinhalt geworden sind. Von einer grundlegenden Kritik der von Lehre und Rechtsprechung herausgearbeiteten Auslegungsgrundsätze muß im Rahmen dieser Arbeit abgesehen werden. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob zunächst nach § 133 BGB vom wirklichen Willen des Erklärenden oder nach § 157 BGB von der objektiven Erscheinungsform dieses Willens auszugehen ist. Wesentlich ist, daß beide Gesichtspunkte bei der Auslegung berücksichtigt werden ²⁾.

Ausgangspunkt der Auslegung sind die einzelnen Willenser-

1. vgl. unten S. 79 ff

2. vgl. Staudinger, aaO. § 133 Anm. III 1
Soergel-Siebert, aaO. § 157 Anm. A I 1

klärungen, die rechtsgeschäftlichen Grundelemente der Vereinbarung. Es ist sicher, daß der Kunde der Bank gegenüber, wie auch die Bank dem Kunden gegenüber bei dem Abschluß eines Bankgeschäftes Willenserklärungen abgeben. Wenn auch im Augenblick des Geschäftsabschlusses das Interesse beider Parteien überwiegend auf den wirtschaftlichen Aspekt des Bankgeschäftes gerichtet sein wird, so werden sie daneben auch den Willen haben, den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg rechtlich abzusichern. An diesem Punkt werden sich zumeist die Vorstellungen der Parteien scheiden.

Der Vertreter der Bank wird wohl immer den Willen haben, die rechtliche Seite des Geschäftes in banküblicher Weise zu gestalten, insbesondere auch die AGB zur Anwendung zu bringen. Dagegen wird die Einstellung der Kunden größere Unterschiede aufweisen können ¹⁾. Auch der Kunde will die rechtliche Absicherung des Bankgeschäftes. Aber auch wenn er die AGB der Banken kennt, so ist damit noch nicht gesagt, daß er diese auch anwenden will, ganz abgesehen davon, daß es durchaus möglich ist, daß er vom Vorhandensein von AGB keine Vorstellung hat.

Da es in den hier zu erörternden Fällen an einer ausdrücklichen Vereinbarung der AGB fehlt, würde eine Berücksichtigung allein des Wortlautes der Willenserklärungen keine Handhabe bieten, die AGB zur Anwendung zu bringen. Aber § 133 BGB erklärt ja über den Wortlaut hinaus den wahren Willen für rechtserheblich.

Es kann davon ausgegangen werden, daß der Wille der Vertreter der Bank immer auf die Anwendung der AGB gerichtet ist. Bei den Kunden wird dies nur in einigen Fällen so sein. Soweit aber beide Parteien den Willen haben, die AGB zum

1. vgl. oben 3.70

Vertragsinhalt werden zu lassen, geschieht dies hiernach ohne Rücksicht auf die objektiven Erscheinungsformen der Willenserklärungen.

Wollte der Kunde die AGB nicht zur Anwendung kommen lassen, oder kannte er die AGB garnicht, würde eine konsequente Anwendung des § 133 BGB nach seinem Wortlaut den für eine rechtswirksame Vereinbarung notwendigen Konsens vermissen lassen. Ein solcher würde weder im Wortlaut der Willenserklärungen noch im wahren Willen der Erklärenden zu finden sein.

Bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen wird die Regel des § 157 BGB heranzuziehen sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der § 157 BGB nun an die Stelle ¹⁾ oder neben den § 133 BGB ²⁾ tritt. Im Gegensatz zu § 133 BGB gewinnt jetzt über § 157 BGB der objektive Sinn der Erklärung für die Auslegung besondere Bedeutung.

Die Auslegung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung soll sich davon leiten lassen, wie die Erklärung von dem Empfänger bei gehöriger Aufmerksamkeit verstanden werden mußte ³⁾. Dies folgt aus dem in § 157 BGB zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Vertrauensschutzes, nach dem empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Inhalt zu geben ist, der von einem vernünftigen und unbefangenen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstanden werden muß ⁴⁾.

-
1. Staudinger, aaO. § 133 Anm. III 3 b
 2. Soergel-Siebert, aaO. § 133 Anm. I 1
 3. Staudinger, aaO. § 133 Anm. II 2 c mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung
 4. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 1251 f.; S. 1260
Soergel-Siebert, aaO. § 157 Anm. A I 2
Krüger-Nieland in RGR-Kommentar zum BGB, § 133 Anm. 4

Nach Treu und Glauben kann ein Verhalten auch dann als Willenserklärung zu werten sein, wenn es keinen eindeutigen, individuellen Geschäftswillen zum Ausdruck bringt. Auslegung ist nicht nur Willenserforschung, sondern auch Wertung eines sozialen Verhaltens nach dem Maßstab von Treu und Glauben¹⁾. Diese in der Hermeneutik trotz aller dogmatischen Auseinandersetzungen im Ergebnis anerkannten Auslegungsmaximen zeigen uns einen Weg zum Verständnis des Standpunktes der Rechtsprechung, daß die AGB auch dann Geltung haben, wenn der Kunde die AGB gar nicht kannte, jedoch hätte kennen müssen.

Bei der Anerkennung der AGB handelt es sich um eine vertragliche Vereinbarung, die bekanntlich aus dem Zusammenspiel von Offerte und Annahme der Offerte erwächst. Die Offerte zur Annahme der AGB wird immer von den Banken ausgehen. Wie schon gesagt, wird kein Kunde an eine Bank herantreten, um deren AGB anzuerkennen. Es kommt zunächst also gar nicht darauf an, die Willenserklärung des Kunden, sondern die der Bank zu deuten. Da es sich bei der Offerte der Bank zur Annahme der AGB um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, dürfen nur solche Umstände zur Auslegung herangezogen werden, die dem Kunden bekannt oder so erkennbar waren, daß er sie hätte erkennen müssen. Der Kunde braucht nicht erkannt zu haben, daß die Bank AGB aufgestellt hat und zur Anwendung bringen will, es muß nur aus den Umständen für ihn erkennbar sein. In dem erkennbaren Sinn ist ihm die Offerte der Bank zugegangen und so muß er sie auch gegen sich gelten lassen, wenn er sie durch den Abschluß eines Bankgeschäftes annimmt.

Auf welchem Weg auch immer die vertragliche Vereinbarung der AGB konstruiert wird, in jedem Fall spielt das zwischen Bank und Kunden getätigte Geschäft eine mehr oder weniger

1. vgl. Soergel-Siebert, aaO. § 157 Anm. A II 1

bedeutsame Rolle ¹⁾). Am engsten ist das Verhältnis zwischen Einzelvertrag und Vereinbarung der AGB in den Fällen, in denen es an ausdrücklichen Willenserklärungen fehlt. Aus dem konkreten Bankgeschäft wird hier mittelbar oder unmittelbar die Rechtsgültigkeit der AGB abgeleitet. Aber auch bei der ausdrücklichen Vereinbarung spielt der Einzelvertrag eine nicht unbedeutende Rolle. Er wird wohl immer der Anlaß zur Vereinbarung der AGB sein: Der Kunde geht ja nicht zur Bank, um die AGB kennen zu lernen, sondern um ein Bankgeschäft zu tätigen.

Die mehr oder weniger starke Abhängigkeit der Vereinbarung der AGB vom Einzelvertrag läßt noch nicht den Schluß zu, daß diese Abreden einen einheitlichen Vertrag darstellen. Trotz engsten Zusammenhangs können einzelne Rechtsgeschäfte ihre Selbständigkeit bewahren, was bei der Unterscheidung zwischen obligatorischem und dinglichem Rechtsgeschäft gemäß dem Grundsatz der Abstraktion deutlich zum Ausdruck kommt.

Der Annahme einer einheitlichen Vereinbarung steht zunächst der Inhalt des AGB-Formulars entgegen. Wie oben dargelegt, werden hier bankgeschäftliche Einzelverträge der verschiedensten Art im voraus geregelt. Da diese einzelnen Bankverträge die rechtliche Seite des wirtschaftstechnischen Begriffs der Geschäftsverbindung darstellen, wird bei den AGB auch allgemein von einer einheitlichen Regelung der Geschäftsverbindung gesprochen. Die vielen Bestimmungen der AGB sollen ein einheitliches Ganzes darstellen, eine Vertragseinheit. Man könne sie nur im ganzen annehmen oder ablehnen, ihr rechtliches Schicksal sei ein gemeinsames. Diese Lehre ²⁾ hat unter Berufung auf Hueck ³⁾ den Begriff des

1. vgl. auch Eilles, ZZP 62,5

2. vgl. Gierke, aaO. S. 433
Klausning, aaO. S. 85 ff.
Hurst, aaO. S. 4 ff.

3. Iherings Jahrb. 73,36,39,44

Normenvertrages entwickelt.

Dabei ist vor allem an den von Hueck herausgearbeiteten Typ des einfachen oder nicht korporativen Richtlinienvertrages gedacht, dessen rechtliche Bedeutung nach Hueck ¹⁾ darin liegt, daß sich nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte jeder an einem solchen Normenvertrag Beteiligte gefallen lassen muß, daß eine von ihm ausgehende Vertragsofferte, in der die näheren Vertragsbedingungen nicht angegeben sind, als Offerte zu einem normenmäßigen Vertrag angesehen wird.

Denen, die den von Hueck erarbeiteten Begriff des Normenvertrages auf die Vereinbarung von AGB schlechthin anwenden wollen, muß prinzipiell entgegengehalten werden, daß Hueck seine Untersuchungen vor allem auf Arbeitsvertragsverhältnisse ausgerichtet hat. Die von ihm behandelten Vertragsbedingungen sollen nur für schuldrechtliche Verträge ²⁾ maßgeblich sein. Auf dem Gebiet des Bankrechts spielen aber auch dingliche Verträge als Sicherungsmittel von Darlehen etc. eine nicht unbedeutende Rolle. Auch diese müssen daher von den AGB berücksichtigt werden, wie dies vor allem mit der Pfandklausel geschieht ³⁾.

Darüber hinaus stößt diese Lehre auf weitere Bedenken. Die Annahme, daß die AGB den Gegenstand eines eigenen, selbständigen Vertrages bilden, im übrigen aber bestimmt seien, Inhalt der Einzelverträge zu werden, ist nicht schlüssig. Entweder tritt die Rechtswirkung der AGB unabhängig vom Einzelvertrag sofort mit ihrer Vereinbarung ein, oder es verpflichten sich die Parteien zu ihrer Einhaltung für den Fall, daß ein Einzelvertrag abgeschlossen werden sollte.

1. Iherings Jahrb. 73, 50

2. Iherings Jahrb. 73, 36

3. Ziffer 19 Abs. 2 AGB der Banken

Ziffer 19 Abs. 1 mit 4 AGB der Sparkassen

Andernfalls hat nach § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB eine bindende Einigung der Vertragspartner über die AGB noch nicht stattgefunden. Die Rechtsordnung versagt, den Willenserklärungen der Parteien eine Rechtswirkung, soweit diese sich lediglich über einzelne Punkte eines künftigen Vertrages verständigt haben, ohne daß eine obligatorische Verpflichtung besteht, diese Bestimmungen im Einzelvertrag zur Anwendung zu bringen. Eine solche Verbindlichkeit fehlt den AGB. Der Kunde kann z.B. die Anwendung der AGB durch die einseitige Erklärung, er wolle sie nicht gelten lassen, beim Abschluß des Einzelvertrages ausschließen ¹⁾. Soweit sie dazu bestimmt sind, den Inhalt von Einzelverträgen zu gestalten, werden die AGB nur als Teil des Einzelvertrages verbindlich und nur in dem Umfang, in dem sie in den Einzelvertrag eingehen ²⁾. Soweit die Willenserklärungen der Parteien, die AGB nur als Richtschnur für künftige Verträge aufzustellen, ohne Verpflichtung zur rechtlichen Bindung sind, fehlt ihnen der Charakter des Vertrages. Es liegt lediglich eine nach § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB unverbindliche Punktation vor.

Obwohl auch Hueck anerkennt, daß seinen Richtlinienverträgen keine verbindliche Wirkung zukommt, sondern daß sie nur den Parteien der Einzelverträge zur Berücksichtigung empfohlen werden ³⁾, wird in der Festlegung der AGB durch die Geschäftspartner immer wieder ein Rechte und Pflichten begründender Vertrag gesehen. Den Vertragscharakter des

1. RGZ 58,151 ff.(155)

RGZ 84,1 ff.(3)

RGZ 105,289 ff.(291)

RGZ 122,75 ff.(77)

RGZ 126,348 ff.(350)

Gallois, aaO. S. 47 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur

2. vgl. Esser, aaO. S. 33

3. Iherings Jahrb. 73,47

Richtlinienvertrages hat zuletzt Lukes bejaht ¹⁾). Seine Ansicht begründet er damit, daß die Vertrags- und damit Rechtsgeschäftseigenschaft der Richtlinienverträge nicht bestritten sei. Er hat dabei aber ganz die Einstellung von Raiser ²⁾, Haupt ³⁾ und auch Meyer-Cording ⁴⁾ übersehen. Raiser sieht in der Vereinbarung der AGB überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Akte. Es handele sich lediglich um Vorbereitungs- oder Tathandlungen. Auch Haupt verneint den Vertragscharakter der Richtlinienverträge; ebenso Meyer-Cording, der in der Zustimmung des Kunden zu den AGB nur ein Mittel sieht, den Nachweis zu sichern, daß der Kunde Kenntnis von den AGB bekommen hatte.

Vom Standpunkt des herrschenden Rechtes, insbesondere unter Berücksichtigung des § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB muß einer Vereinbarung der AGB als unverbindlich normierter Inhalt künftiger Einzelverträge der Vertragscharakter abgesprochen werden. Damit soll nicht gesagt werden, daß eine Verständigung über die AGB, die dem Abschluß der Einzelverträge vorausgeht, rechtlich unerheblich ist. Sie ist nur eben kein Vertrag.

Aus den gleichen Überlegungen ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der Auffassung, daß die AGB eine untrennbare rechtliche Einheit darstellen. Ihr unterschiedlicher Inhalt kann entsprechend dem der Einzelverträge ein sehr unterschiedliches Rechtsschicksal erfahren. Das Verlangen der Banken an ihre Kunden, die AGB insgesamt entgegenzunehmen oder anzuerkennen, dient lediglich der Absicht, auch bei künftigen, noch nicht erkennbaren Einzelverträgen die entsprechenden AGB zum Vertragsinhalt zu machen, ohne daß es

1. aaO. S. 478

2. aaO. S. 117

3. aaO. S. 39 Anm. 42

4. aaO. S. 17

beim Abschluß der Einzelverträge nochmals eines Hinweises auf die AGB bedarf. Auf diesem Wege wird es der Bank leichter fallen, gegebenenfalls nachzuweisen, daß der Kunde von dem Vorhandensein der AGB und dem Willen der Bank, diese anzuwenden, wußte.

Es ist also voll der Standpunkt der Rechtsprechung zu teilen, nach dem der Vereinbarung der AGB schon immer ein selbständiger Vertragscharakter abgesprochen worden ist und unter Ablehnung einer einheitlichen Beurteilung der Bestimmungen der AGB im Einzelfall verschiedene Bestimmungen unterschiedlich gewertet worden sind ¹⁾. Diese ursprünglich auch in der Literatur herrschende Auffassung tritt heute wieder stärker in den Vordergrund ²⁾.

Sind die AGB somit überwiegend nur als Inhalt einzelner bankgeschäftlicher Verträge rechtswirksam, so können als Inhalt eines eventuellen, allgemeinen Vertrages, den man als Bankvertrag ansprechen kann, nur solche Bestimmungen in Frage kommen, die unabhängig von der Ausgestaltung der Einzelverträge zwischen Bank und Kunden Rechte und Pflichten begründen; zu deren Rechtswirksamkeit es nur darauf ankommt, daß irgendwelche Geschäftsverträge zwischen Bank und Kunden abgeschlossen werden.

-
1. RGZ 58,151 ff.(157)
 RGZ 122,75 ff.
 RGZ 135,91 ff.(93)
 RG in JW 1930,633 Nr. 13
 BGH in BB 1956,868
 2. ältere Literatur:
 Sontag, BankA 3,181 ff.
 Bernicken, BankA 25,469 ff.
 Rospatt, BankA 32,487 ff.
 Danz, Treu und Glaube, S. 72
 Heilbrunn, JW 1931,2281 f.
 neuere Literatur:
 Meyer-Cording, aaO. S. 17

§ 9 Die generelle Vereinbarung von Einzelbestimmungen der AGB.

Bestimmungen, die Inhalt eines bankgeschäftlichen Rahmenvertrages sein können, werden sich, wenn überhaupt vorhanden, nur im allgemeinen Teil der AGB finden, da die Bestimmungen des besonderen Teiles von vornherein nur in Hinsicht auf einzelne, spezielle Bankgeschäfte erlassen werden. Wie schon gesagt, muß aber auch bei den Bestimmungen des allgemeinen Teiles darauf geachtet werden, daß durch sie u.U. bestimmte bankgeschäftliche Vertragsverhältnisse geregelt werden, und daß sie ihre Rechtswirkungen auch nur im Rahmen solcher Verträge finden ¹⁾.

Als Inhalt eines Rahmenvertrages bieten sich auf den ersten Blick die Bestimmungen der AGB an, die sich auf die Abgabe und Wirksamkeit von Willenserklärungen, die Haftung für Schäden, die der Bank durch unerkannte Geisteskrankheit des Kunden entstehen, die Ermächtigung der Bank, Geldbeträge für den Kunden entgegenzunehmen, den Ausschluß der Haftung der Bank für Auskünfte und die Bestellung und Verwertung von Sicherheiten beziehen. Gerade diese, nicht den Inhalt, sondern den Abschluß von Bankgeschäften regelnden, bzw. sich auf eine von der Gültigkeit des einzelnen bankgeschäftlichen Vertrages unabhängige Rechtsfolge beziehenden Bestimmungen haben immer wieder dazu geführt, einen über dem einzelnen Bankgeschäft stehenden Rahmenvertrag anzunehmen ²⁾.

a) Die allgemeine Pfandklausel.

Es soll hier nicht auf die Bestimmungen eingegangen werden, die das dispositive Recht der §§ 1215 ff. BGB abändern. Wie die Regelung in den AGB im einzelnen gestaltet

1. vgl. oben S. 34 ff

2. vgl. Haupt, aaO. S. 29

sein mag, dieses Schuldverhältnis ist immer nur Folge der gültigen Bestellung eines Pfandrechts. Lediglich die die Bestellung des Pfandrechts betreffenden Bestimmungen der AGB sind Gegenstand unseres Interesses. Es ist nur auf das abstrakt dingliche Geschäft der Pfandbestellung einzugehen, das aus der Einigung und Übergabe bzw. Pfandanzeige besteht. In den AGB wird festgelegt, daß alle Wertgegenstände und Rechte, die irgendwie in den Besitz oder die Verfügungsgewalt der Bank gelangen, als Pfand dienen für alle Ansprüche der Bank gegen den Kunden.¹⁾

Die unabdingbaren gesetzlichen Vorschriften über die Entstehung des Pfandrechts verlangen das Vorhandensein einer zu sichernden Forderung - diese kann auch künftig oder bedingt sein - und eine Sache bzw. ein Recht, das verpfändet werden soll. Entsprechend dem Pfandobjekt ist das Rechtsgeschäft der Verpfändung unterschiedlich gestaltet. Zur Verpfändung einer Sache ist Einigung über die Pfandbestellung und Übergabe an den Pfandnehmer erforderlich. Bei der Verpfändung eines Rechts tritt neben die Einigung die Pfandanzeige nach § 1280 BGB oder die Übergabe einer Sache, soweit dies zur Übertragung des Rechtes erforderlich ist.

Als Voraussetzung der Verpfändung sind somit der als Pfand dienende Gegenstand, die Sache oder das entsprechende Recht, und die zu sichernde Forderung erforderlich. Dabei ist es eine Streitfrage, ob auch erst künftig entstehende oder in den Besitz der Bank gelangende Objekte und Rechte als Pfand für künftige Forderungen bestellt werden können.

Das Gesetz stellt in § 1204 Abs. 2 BGB ausdrücklich fest, daß ein Pfandrecht auch für eine künftige Forderung bestellt werden kann. In Lehre und Rechtsprechung ist dabei

1. vgl. Ziffer 19 Abs. 2 der AGB der Banken und
Ziffer 19 Abs. 1 mit 3 der AGB der Sparkassen

der Grundsatz entwickelt worden, daß die zu sichernden künftigen Forderungen zumindest bestimmbar sein müssen ¹⁾. Es genügt, daß der Kreis der abzusichernden Forderungen irgendwie bestimmbar ist. Die Formulierung der Pfandklausel, daß Ansprüche der Bank gegen "den Kunden" zum Gegenstand der Pfandbestellung gemacht werden sollen, kann nur dahin verstanden werden, daß nur an Forderungen der Bank aus einem Geschäftsverhältnis gedacht ist, da allein hier der Kontrahent der Bank die Kundenstellung einnimmt. Die Tatsache, daß der Geschäftskreis, in dem die künftigen Forderungen entstehen können, fest zu umgrenzen ist, zeigt, daß die Klausel in dieser Hinsicht der Forderung nach Bestimmbarkeit genügt ²⁾. Das Pfandrecht bezieht sich demnach nur auf Forderungen, die der Gläubiger mit Willen des Kunden erwirbt, also nicht auf Forderungen, die durch Abtretung erlangt werden ³⁾.

An das - auch für unsere Untersuchung wesentliche - Kernstück der Problematik führt der Inhalt der Pfandklausel, der die zu verpfändenden Wertobjekte bestimmt. Einfach ist die Rechtslage, wenn man von dem Wortlaut der AGB der Banken ausgeht, der die Verpfändung der in den Besitz der Bank "gelangten" Gegenstände regelt. Wenn hiermit nur die Gegenstände gemeint sind, die bereits bei Anerkennung der AGB in den Besitz der Bank gelangt sind, so ist in der Vereinbarung der Pfandklausel eine gültige Pfandbestellung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB zu sehen. Die allgemeine Pfandklausel will jedoch etwas ganz anderes. Sie ist auf den zukünftigen Geschäftsverkehr gerichtet, will also vor allem die zukünftigen, im einzelnen noch nicht festzulegenden

1. vgl. v. Godin, aaO. S. 699
vgl. Westermann, aaO. S. 640

2. vgl. v. Godin, aaO. S. 699 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung

3. vgl. RGZ 18,234

Objekte zum Pfand bestellen. Deutlich kommt das in den AGB der Sparkassen zum Ausdruck, wo die entsprechende Vereinbarung ausdrücklich von der Verpfändung der in den Besitz der Sparkasse "gelangenden" Gegenstände spricht.

Es erhebt sich nun die Frage, ob auch zukünftige Sachen und Rechte verpfändet werden können. Damit greifen wir wieder unser Hauptanliegen auf, zu prüfen, ob es eine sich auf alle Bankgeschäfte erstreckende, vor und über diesen stehende Vereinbarung gibt, und welchen Inhalt diese gegebenenfalls haben kann. Wird die Möglichkeit einer generellen, antizipierten Verpfändungsvereinbarung hinsichtlich des gesamten Geschäftsverkehrs einer Bank mit ihren Kunden bejaht, so liegt hierin wohl ein Rechtsgeschäft, dem die Bezeichnung "Bankvertrag" zukommen kann.

Die Frage, ob zukünftige Sachen und Rechte verpfändet werden können, steht in einem unlösbaren Zusammenhang mit dem Problem, ob der Einigung bei der Pfandbestellung der Charakter einer selbständigen Vereinbarung, eines Vertrages, zukommt.

In der rechtlichen Beurteilung der Einigung beim dinglichen Geschäft sind die Meinungen geteilt. Zunächst ist herrschende Rechtsprechung, daß eine Einigung stets vorher und generell erfolgen kann¹⁾. Nach dieser, auch in der Literatur²⁾ vertretenen Auffassung ist es möglich, vertraglich ein Pfandrecht in der Weise zu bestellen, daß dieses sich auf Gegenstände des Schuldners erstreckt, von denen noch nicht feststeht, ob und wann sie in den Besitz des Gläubigers gelangen werden, die sich daher im Zeitpunkt der Pfandbestellung nur generell bezeichnen lassen.

1. RGZ 53,218 ff. (220); 68,49 ff. (50 f.); 74,146 ff.; RGZ 77,201 ff. (208);

2. vgl. Raiser, JW 1932,707; Wolff-Raiser, aaO. S. 675; vgl. Westermann, aaO. S. 617

Es ist aber nicht recht ersichtlich, was mit der Annahme einer so wirksamen Einigung erreicht werden soll. Abwegig erscheint es, die Ansicht von Regelsberger ¹⁾ zu teilen, der unter Ablehnung einer stillschweigenden Verpfändung im konkreten Fall für eine generelle Verpfändung der Sicherungsobjekte eintritt, um die Entstehung des Pfandrechtes im einzelnen Fall von der Fortdauer der Geschäftsfähigkeit als auch der Einwilligung des Verpfänders unabhängig zu machen.

Daß es in jedem Fall auf das Einverständnis des Verpfänders im Zeitpunkt des Besitzüberganges ankommt, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, das ausdrücklich verlangt, daß im Zeitpunkt des Überganges der Verfügungsgewalt Einigung über die Rechtswirkungen bestehen muß. Dies setzt voraus, daß auf beiden Seiten im konkreten Einzelfall Geschäftsfähigkeit gegeben ist ²⁾. Wie sehr letztlich der konkrete Einzelfall für die Pfandbestellung entscheidend ist, ergibt sich auch aus der anerkannten Tatsache, daß nur Sachen, die mit Wissen des Kunden in den Besitz der Bank kommen, dem Pfandrecht unterliegen ³⁾. Dabei ist die Bank hinsichtlich bestimmter Verwendungsaufgaben der eingebrachten Wertgegenstände an die Weisungen des Kunden gebunden ⁴⁾.

Obwohl dies alles von ihnen anerkannt wird, wird von einer starken Richtung in der Literatur ⁵⁾, unterstützt von der Rechtsprechung ⁶⁾, der selbständige Vertragscharakter der Einigung vertreten.

1. BankA 5,170

2. Westermann, aaO. S. 186 f.; Wolff-kaiser, aaO. S. 240;

3. Haupt, aaO. S. 162 f.; Raiser, aaO. S. 144 Anm. 3;
Soergel-Siebert, aaO. § 1204 Anm. 17

4. Scholz, aaO. Anm. 302; Trost-Schütz, aaO. Anm. 4 zu
Ziffer 19 der AGB

5. v. Gierke, Sachenrecht, S. 29; Westermann, aaO. S. 186;
Staudinger-Seufert, aaO. Einl. 30 zum Sachenrecht in
Band III

6. RGZ 84,1 ff.(4 f.); 122,75 ff.(77); 135,91 ff.(93)

Es steht ihnen jedoch die Auffassung entgegen, die die Einigung in einer Willenserklärung durch konkludentes Handeln bei der Vornahme eines Aktes, durch den der Besitz auf die Bank übergeht, bzw. durch den die Bank vom Eigen- zum Fremdbesitzer wird, sieht, wie dies z.B. beim Verwahrungsvertrag und Kommissionsgeschäft der Fall ist ¹⁾. Diese Konstruktion trägt dem Gesetz, das Einigsein im Zeitpunkt des Eintritts des Besitzmittlungsverhältnisses verlangt, viel eher Rechnung. Es löst sich so auch der Konflikt, der dadurch entsteht, daß auch die Vertreter eines selbständigen Vertragscharakters der Einigung durchweg eine wirksame Bindung der Einigenden ablehnen, insbesondere ihre Wirksamkeit von der Fortdauer der Geschäftsfähigkeit der Vertragspartner abhängig machen. Der Vertrag setzt sich doch aus Willenserklärungen zusammen, die ihrerseits insoweit selbständigen Charakter haben, als ihr Bestand mit ihrer Abgabe, also u.U. bevor sie zugegangen bzw. vollendet sind, von der Willensfähigkeit des Erklärenden gelöst wird ²⁾. Auf einen Vertrag darf daher der Verlust der Geschäftsfähigkeit eines Partners nach Abschluß keinen Einfluß mehr haben; soweit die Geschäftsfähigkeit für den Eintritt vereinbarter Rechtswirkungen noch erheblich ist, liegt keinerlei vertragliche Vereinbarung vor.

Eine vor Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses ausgesprochene Einigung kann nur Anhaltspunkt für die rechtliche Würdigung der durch das Verhalten des Kunden bei der Übergabe zum Ausdruck kommenden Willenserklärung sein. Woite drückt das so aus: Der sein Einverständnis mit den AGB erklärende Kunde einigte sich mit der Bank nicht über eine spätere Pfandbestellung, sondern nur darüber, daß es, falls einmal ein ihm gehöriges Vermögensstück in den Besitz der Bank gelange, so angesehen werden solle, als ob damit eine Pfandbestellung zu Gunsten der Bank

1. vgl. Oertmann in BankA 6,139

2. vgl. Zitelmann, Iherings Jahrb. 70,6

Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 27

vorgenommen wäre ¹⁾).

Einer antizipierten Einigung ist daher der Rechtsgeschäftscharakter abzusprechen. Damit ist nicht gesagt, daß sie überflüssig ist. Sie begründet auf jeden Fall die Vermutung, daß der Kunde sein Einverständnis zur Verpfändung seiner Sache gibt, die in den Fremdbesitz der Bank übergeht, sobald er von diesem Besitzübergang erfährt.

Wenn die letzten Ausführungen auch zunächst nur auf die Verpfändung von Sachen abgestellt waren, so verhält es sich bei der Verpfändung von Rechten nicht anders. Denn erfaßt werden sollen nach Ziffer 19 Abs. 2 AGB der Banken nur Rechte, die in den Besitz oder die Verfügungsgewalt der Bank gelangen.

An Rechten gibt es grundsätzlich kein tatsächliches Herrschaftsverhältnis ähnlich dem Besitz an Sachen. Es gibt allerdings Fälle, in denen die Innehabung einer Sache für die Stellung des Berechtigten erheblich ist: Briefhypothek, Briefgrundschuld, Aktie. Auf Rechte letzterer Art ist offensichtlich in der Pfandklausel abgestellt, wenn von Rechten gesprochen wird, die in den Besitz der Bank gelangt sind. Soweit zur Übertragung eines Rechtes die Übertragung einer Sache erforderlich ist, bestimmt § 1274 BGB, daß die §§ 1205, 1206 BGB Anwendung finden sollen. So gilt das, was zur Verpfändung von Sachen gesagt wurde, hier auch für die Verpfändung von Rechten.

Die Aufzählung in Ziffer 19 Abs. 2 der AGB der Banken bzw. in Ziffer 19 Abs. 1 der AGB der Sparkassen ist aber nicht auf solche Rechte beschränkt, die mit dem Besitz an irgendeiner Sache verbunden sind. Es sollen "Rechte jeglicher Art" von der Pfandklausel erfaßt werden. Auf Rechte, die

1. vgl. Weite, aaO. S. 27

nicht mit dem Besitz an einer Sache verbunden sind, bezieht sich offenbar der Ausdruck "Verfügungsgewalt". Rechte dieser Art sollen als Pfand dienen, sobald sie in die Verfügungsgewalt der Bank gekommen sind. Es sollen durch die Pfandklausel nicht schlechtweg Rechte verpfändet werden, sondern nur solche, die in die Verfügungsgewalt der Bank gekommen sind oder kommen werden. Unter Verfügungsgewalt wird man wohl eine Verfügungsbefugnis der Bank verstehen müssen, die nur vom Kunden auf die Bank übertragen werden kann, wie z.B. durch Sicherungs- oder Inkassozession. Diesen Übertragungsakt setzt die Bestellung des Pfandrechtes offenbar voraus, wenn die Klausel von Rechten spricht, die in die Verfügungsgewalt der Bank gelangt sind.

Man wird sich aber wohl nicht so streng an den Wortlaut der Klausel zu halten haben. Sinn der Bestimmung wird es sein, die Rechte mit ihrer Übertragung an die Bank auch gleich zum Gegenstand eines Pfandrechtes zu machen, d.h. der Zession gleichzeitig den Inhalt einer Verpfändungsvereinbarung zu geben. Erst mit dieser Vereinbarung wird ein Pfandrecht bestellt, bis zu ihrem Abschluß ist der Kunde völlig ungebunden. Er kann deshalb einseitig bei der Übertragung der Verfügungsgewalt die Bestellung des Pfandrechtes ausschließen.

Es kommt in diesen Fällen hinsichtlich der Pfandbestellung also ganz allein auf die Umstände des Einzelfalles an. Nur aus ihnen kann sich ergeben, ob der Kunde sich seine Willenserklärung, durch die er die Verfügungsgewalt auf die Bank überträgt, als Zustimmung zu einer Verpfändung zurechnen lassen muß. Es wäre demnach verfehlt, von einer allgemein verbindlichen Vereinbarung der Pfandklausel zu sprechen. Die Pfandklausel bietet noch nicht einmal eine Vermutung für das Vorhandensein eines Pfandvertrages ¹).

1. RGZ 126,348 ff.(350)

b) Die Auskunftvereinbarung.

In den AGB erklären die Banken ihre Bereitschaft, dem Kunden für bankmäßige Auskünfte und Raterteilungen zur Verfügung zu stehen. Gleichzeitig schließen sie ihre Haftung für Auskünfte und Ratschläge aus, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Zum Gegenstand der AGB sind der Umfang von Auskünften und die Haftung aus ihnen gemacht worden ¹⁾.

Unter bankmäßigen Auskünften wird man nicht Auskünfte der Bank schlechthin, sondern nur solche verstehen dürfen, die in direktem Zusammenhang mit Bankgeschäften stehen. Es ist an die Beratung bei Effekten- und Devisengeschäften zu denken oder an die Aufklärung des Kunden über Steuervorteile, die mit dem Abschluß bestimmter Bankgeschäfte verbunden sind. Im weiteren fallen hierunter aber auch die Informationsdienste, die von Banken für einzelne Geschäftssparten - z.B. den Außenhandel - unterhalten werden. Diese Auskünfte stehen alle in mehr oder weniger engem Zusammenhang mit typischen Bankgeschäften.

Eine etwas andere Stellung nehmen die Auskünfte ein, die die Banken über die Verhältnisse Dritter den Kunden erteilen. Hier besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zu einem bestimmten Bankgeschäft. Die Information dient hier nicht der Vorbereitung, dem Abschluß oder der Durchführung eines Geschäftes zwischen der Bank und dem Kunden, sondern zwischen dem Kunden und einem Dritten. Im Geschäftsleben wird häufig von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, sich zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit eines Geschäftspartners der Bankauskunft zu bedienen. Auch diese Auskünfte wird man als bankmäßig bezeichnen; denn es hat sich eingebürgert, daß die Hausbanken ihren Kunden solche Auskünfte erteilen, wozu sie allein dank des sorgfältig arbeitenden Bankapparates

1. Ziffer 10 der AGB der Banken
Ziffer 7 der AGB der Sparkassen

in der Lage sind.

Der Auskunft selbst kommt keinerlei rechtsgeschäftlicher Charakter zu. Sie ist ein Vorgang tatsächlicher Art ¹⁾, der allerdings Gegenstand einer Vereinbarung sein kann. Wird eine Auskunft Vertragsinhalt, so kann dies auf zwei Wegen geschehen. Einmal kann sich jemand zur Erteilung einer Auskunft verpflichten, womit durchwegs gleichfalls eine Richtigkeitsgewähr übernommen wird. Es kann aber auch unter Wegfall jeglicher Verpflichtung zur Auskunftserteilung für den Fall ihrer freiwilligen Erteilung eine Richtigkeitsgewähr übernommen werden. Das Schwergewicht all dieser Vereinbarungen liegt wohl in der Begründung einer Haftungspflicht, die daraus erwächst, daß die unverbindliche Gefälligkeitsleistung des § 676 BGB zum Gegenstand eines Vertrages wird.

Die rechtliche Beurteilung der Bankauskunft macht im Zusammenhang mit den Bestimmungen der AGB einige Schwierigkeiten. Der Bestimmung, daß die Bank zu allen bankmäßigen Auskünften zur Verfügung steht, ist wohl weniger rechtlicher als werbender Charakter zuzusprechen. Die Banken werden sich zur Auskunftserteilung nicht verpflichten wollen, da sie hierzu schon im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen anderer Kunden nicht in der Lage sind ²⁾. Andererseits ist schwer zu sagen, was von einer Zusicherung der Richtigkeit einer Auskunft zu halten ist, durch die gleichzeitig - soweit zulässig - die Haftung hierfür ausgeschlossen wird. Die gleichen Schwierigkeiten bieten sich, wenn man einen Kaufvertrag beurteilen soll, in dem die Verpflichtungen zur Übereignung der Kaufgegenstände und zur Zahlung des Kaufpreises, sowie alle Sachmängelhaftungen

1. vgl. RGZ 157, 228 ff. (233); 162, 129 ff. (154)

2. vgl. Enneccerus-Lehmann, aaO. § 236 III 4
vgl. Staudinger-Nipperdey, aaO. § 676 Anm. 18

abbedungen werden. Es drängt sich so der Schluß auf, daß durch ein solches Verhalten herausgestellt werden soll, daß die Leistung der Bank eben nicht auf Grund eines Vertrages erfolgt, sondern nur als unverbindliche Gefälligkeit zu werten ist.

Dennoch wird bei der Erteilung einer Auskunft durch eine Bank vielfach die Begründung eines Vertragsverhältnisses angenommen ¹). Man hat in der Auskunft eine Nebenpflicht zu einem bankgeschäftlichen Einzelvertrag gesehen; man hat einen besonderen Auskunftsvertrag angenommen, wenn durch den Beratungsdienst der Kundenkreis erweitert werden sollte; man hat sich auf einen in der Geschäftsverbindung liegenden allgemeinen Bankvertrag als Verpflichtungsgrund für die Bankauskunft berufen. Vor allem wird immer dann ein Auskunftsvertrag angenommen, wenn der Bank erkennbar war, daß der um die Auskunft Nachsuchende davon eine Vermögensdisposition abhängig machen wollte ²).

Es überrascht, daß die Problematik dieser Vertragsschlüsse, die doch gegen den erklärten Willen der Bank, keinerlei rechtliche Bindung eingehen zu wollen, erfolgen, - so weit ersichtlich, - noch nicht aufgeworfen worden ist. Dabei ist es von erheblicher Bedeutung, ob ein Vertrag angenommen werden kann oder nicht.

Wenn auch die Bank bei Annahme eines Vertrages auf Grund ihrer Freizeichnungsklausel nur dann haftet, wenn ein verfassungsmäßiger Vertreter der Bank oder ein diesem gleichgestellter Angestellter vorsätzlich eine unrichtige

1. vgl. Schlegelberger-Hildebrandt, aaO. § 347, Anm. 10
v. Godin, aaO. § 365 Anh. I Anm. 9A
Trost-Schütz, aaO. S. 176

2. BGH in BB 55, 142; 58, 896

Auskunft erteilt hat ¹⁾ und der Schaden im gleichen Umfang aus unerlaubter Handlung nach § 826 BGB ²⁾ geltend gemacht werden kann, so bestehen zwischen beiden Schadensersatzansprüchen doch gewichtige Unterschiede.

Während der Anspruch aus Vertrag der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegt, kann die Verwirklichung eines Anspruches aus § 826 BGB nach § 852 Abs. 1 BGB schon nach 3 Jahren durch die Einrede der Verjährung verhindert werden. Die Annahme eines Vertrages ist auch dann erheblich, wenn die Freizeichnungsklausel gegen Treu und Glauben verstößt und eine Berufung auf sie daher unzulässig ist ³⁾. Hier hat die Bank auch dann für den dem Kunden entstandenen allgemeinen Vermögensschaden einzutreten, wenn die falsche Auskunft nur fahrlässig oder durch einen kleinen Angestellten erteilt wurde.

Schließen wir uns der herrschenden Auffassung an ⁴⁾ und nehmen wir einen Vertrag an, der eine Auskunft zum Gegenstand hat, so wird wohl auch hierin nicht eine Vereinbarung zu sehen sein mit der allgemeinen Prägung des Bankvertrages. Denn, wie schon gesagt: Eine Verpflichtung zur Erteilung einer Bankauskunft besteht nicht. Erst mit ihrer Erteilung, die ganz ins Belieben der Bank gesetzt ist, wird eine Haftungspflicht begründet. Wenn man bei der Erteilung einer Auskunft durch eine Bank schon einen Vertrag annimmt, so kann es sich nur um den Typ eines Realvertrages handeln, dessen Verknüpfung von Vertragsschluß und Erfüllungshandlung dem Begriff eines allgemeinen Bankvertrages wesensmäßig widerspricht.

1. vgl. Rechtsprechung bei Staudinger-Nipperdey, aaO.
§ 676 Anm. 29

2. vgl. BGHZ 13,198 ff. (202)
Sichtermann, aaO. S. 295

3. vgl. z.B. BGH in WM 1956,1056

4. RGZ 52,365 ff.(366); 126,50 ff.(52); 131,239 ff.(246);
157,228; 162,129 ff.(154);
BGHZ 7,371 ff.; 12,105 ff.(108)

c) Schadensersatzhaftung des Kunden bei Beschränkungen
in der Geschäftsfähigkeit.

Wohl die fragwürdigste Regelung der AGB ist diejenige, die sich mit dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Bankkunden befaßt. Die entsprechende Klausel will den Kunden zum Ersatz des Schadens verpflichten, der daraus entsteht, daß die Bank von einem eintretenden Mangel in seiner oder seines Vertreters Geschäftsfähigkeit unverschuldet, keine Kenntnis erlangt ¹). Mit der Bestimmung soll nach Breit ²), ihrem Anreger und Urheber, erreicht werden, daß sich der Kunde verpflichtet, der Bank denjenigen Schaden zu ersetzen, den sie in Zukunft etwa dadurch erleiden sollte, daß sie im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit seiner Erklärung ihrerseits Erklärungen abgibt oder Verfügungen trifft.

Bevor in eine Erörterung der Vereinbarung eingetreten werden kann, muß zunächst die gesetzliche Regelung der Rechtslage bei Eintritt von Geschäftsunfähigkeit dargestellt werden. § 105 Abs. 1 BGB bestimmt kompromißlos kurz: Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig. Das besagt, daß die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht herbeizuführen vermag, gleichgültig, ob das Geschäft für ihn vorteilhaft oder nicht sein würde. Im Bankrecht kann sich die Nichtigkeit z.B. so auswirken, daß ein geschäftsunfähiger Kunde, dessen Aktien die Bank auf seinen nichtigen Auftrag hin verkauft hat, einen Wiederbeschaffungsanspruch gegen die Bank hat, selbst wenn die Papiere im Kurs erheblich gestiegen sein sollten. Ebenso würde

1. Ziffer 23 der AGB der Banken
Ziffer 3 Abs. 3 der AGB der Sparkassen
2. BankA 11, 140 ff.

die Auszahlung eines Guthabens an einen Geisteskranken, der Gläubiger der Bank ist, die Forderung nicht zum Erlöschen bringen, so daß auf Weisung des gesetzlichen Vertreters eine erneute Auszahlung erfolgen müßte.

Die gesetzliche Regelung wird als zwingend anzusehen sein. Sie dient ausschließlich dem Schutz des Geschäftsunfähigen. Den absoluten Schutzgedanken stellt Breit ¹⁾ besonders klar heraus: Der Schwache wird geschützt, nicht weil er es will, sondern ohne, ja sogar wider seinen Willen. Die Bestimmung des § 105 BGB ist als Fundamentalnorm unseres Rechtssystems der Parteidisposition entzogen ²⁾.

Daß das Gesetz dabei keinerlei Rücksicht auf die Verkehrsinteressen nimmt, kommt bei dem Schutz des unerkannt Geisteskranken besonders zum Ausdruck. Viele Versuche sind unternommen worden, um hier zu einem tragbaren Ergebnis zu kommen. Es wurde die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gefordert, wenn auch ein vernünftiger Mensch im konkreten Fall genauso gehandelt hätte ³⁾. Es sollte die Billigkeitshaftung des § 829 BGB auf das Vertragsrecht ausgedehnt werden ⁴⁾. Schließlich wollte man dem Geschädigten, soweit er gutgläubig war, einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens analog § 122 BGB geben ⁵⁾. Aber all diese Versuche, einen gesunden Ausgleich zwischen dem gewiß notwendigen Schutz des Geschäftsunfähigen und dem Verkehrsinteresse zu finden, sind an der starren Haltung der Rechtsprechung gescheitert ⁶⁾. So wird auch heute im Schrifttum überwiegend die Forderung nach Schutz des

1. Geschäftsfähigkeit, S. 2

2. vgl. Ehrlich, aaO. S. 25
Jung, aaO. S. 69

3. Danz in JW 1913, 1016 ff.

4. Leonhardt in BankA 5, 153 f.

5. Kühlenbeck in DJZ 1905, 1145

6. RG in BankA 11, 140; 12, 185; 14, 314; 16, 52; 23, 25; 10, 72;
RG in JW 1915, 570; RGZ 120, 174

gutgläubigen Dritten nur noch de lege ferenda aufrechterhalten ¹⁾).

Die Klausel der AGB entspringt dem Wunsch des Rechtsverkehrs, sich trotz der zwingenden Wirkung des § 105 BGB vor Schäden zu schützen, die dem Geschäftspartner eines unerkannt Geisteskranken erwachsen können. Ein solcher Schutz wird allgemein als billig empfunden. Der Weg, der beschritten wird, richtet sich nicht gegen die unmittelbare Wirkung des § 105 BGB. Die Nichtigkeit der Willenserklärung des unerkannt Geisteskranken wird anerkannt. Es soll nur eine obligatorische Verpflichtung begründet werden, der Bank den Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts erwächst.

Man wird zunächst zu der Annahme neigen, daß es sich dabei um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, der im Rahmen der durch § 305 BGB zum Ausdruck kommenden Vertragsfreiheit vereinbart werden kann. Vielfach wird seine Rechtswirksamkeit daher auch anerkannt, zumal er das allgemeine, als billig empfundene Bedürfnis nach Verkehrssicherheit befriedigt ²⁾. Die Rechtsprechung hat zur Frage der Wirksamkeit eines solchen Vertrages - soweit bekannt - noch nicht Stellung genommen.

Andere Auffassungen sind in der Literatur nur vereinzelt vertreten worden. So hat sich Haupt gegen die Gültigkeit der Klausel gewandt ³⁾: Die Folgen einer eintretenden Geschäftsunfähigkeit erstreckten sich auf ein Gebiet, das der Parteivereinbarung entzogen sei. Die Schadensersatzverpflichtung bedeute nichts anderes als die Ausschaltung des

-
1. Wimmer, aaO. S. 237
v. Tuhr, aaO. S. 356 ff.
Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 928, Anm. 5
 2. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 928, Anm. 5
Staudinger-Coing, aaO. § 105 Anm. 7
Jung, aaO. S. 68 ff.
 3. aaO. S. 72

gesetzlichen Grundsatzes von der Nichtigkeit der Geschäfte Geisteskranker. Es liege hier nicht eine Vereinbarung im Rahmen der Vertragsfreiheit unseres Rechtssystems vor, sondern es würde ein Prinzip aufgehoben, das eine maßgebliche Grundlage für unser Rechtssystem darstelle. Haupt kommt zu dem Ergebnis, daß die Geschäftsunfähigkeitsklausel der rechtlichen Wirksamkeit entbehre.

Die Gültigkeit der Vereinbarung ist eine Frage der Vertragsfreiheit. Die Bedenken gegen die Gültigkeit der Klausel werden vor allem von der Tatsache ausgehen, daß der Zweck der vertraglichen Vereinbarung dem Zweck der zwingenden gesetzlichen Norm, den unerkannt Geisteskranken auch gegen seinen Willen zu schützen, widerspricht.

Das BGB vertritt im Schuldrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit. Hinsichtlich obligatorischer Verpflichtungen besteht inhaltliche Gestaltungsfreiheit, soweit dadurch nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen wird ¹⁾. Einen Verstoß gegen die guten Sitten wird man in der Haftungsklausel nicht sehen können. Offen ist jedoch, ob sie nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und nach § 134 BGB nichtig ist. § 134 BGB dient der Durchsetzung der verbotenden Rechtsnormen. Die Regelung ist erforderlich, da Verstöße gegen zwingende Vorschriften - wie unsere Klausel zeigt - nicht notwendig gleichzeitig einen Sittenverstoß darstellen. Ein Verbotsgesetz ist in jeder Norm zu finden, die zwingend gelten will ²⁾. Zur Nichtigkeit genügt, daß ein Rechtsgeschäft inhaltlich gegen eine zwingende Norm verstößt. Wie schon gesagt, richtet sich die Klausel nicht gegen den Wortlaut des § 105 BGB. Bei der Nichtigkeit ist aber auf den Zweck der zwingenden

1. Enneccerus-Lehmann, aaO. S. 119

2. Staudinger-Coing, aaO. § 134 Anm. 2

Norm abzustellen ¹⁾. Eine Vereinbarung, die unter formeller Beachtung des gesetzlichen Wortlautes seinen Zweck abzuändern sucht, wird als Umgehungsgeschäft gleichfalls von der Nichtigkeit betroffen ²⁾.

De lege lata steht somit die Nichtigkeit der Klausel der AGB fest. Das besagt aber nicht, daß damit jeder Sinn ihrer Aufnahme in die AGB entfällt. Wie schon festgestellt, können auch zwingende Normen durch Gewohnheitsrecht abgeändert und beseitigt werden. Wenn sich eine allgemeine Auffassung bildet, die einen Schutz des Rechtsverkehrs vor unerkannt Geisteskranken als notwendig und gerecht empfindet, ist eine Voraussetzung zur Entstehung von Gewohnheitsrecht, der Rechtsgeltungswille, vorhanden.

Ansatzpunkte für eine solche Entwicklung sind -wie oben dargelegt ³⁾- in großer Zahl vorhanden. Neben dem Rechtsgeltungswillen ist zur Annahme der Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Norm noch die Manifestierung dieses Willens durch Übung erforderlich. Zur Entstehung einer Schadensersatzpflicht des Kunden im Sinne dieser Klausel wäre daher auch die Häufigkeit ihrer Anwendung trotz Entgegenstehens des Gesetzes von ausschlaggebender Bedeutung. Eine solche, vom Rechtsgeltungswillen getragene Übung könnte einmal auch in der Rechtsprechung ihren Niederschlag finden. Eine so entstehende gewohnheitsrechtliche Norm würde dann die Grundlage für die Schadensersatzpflicht des Kunden stellen. Hierbei würde es sich jedoch nicht mehr um vertragliche, sondern um gesetzliche Pflichten und Rechte handeln, so daß die Klausel dann jedenfalls aus der Erörterung um den Bankvertrag ausschiede.

1. Wacze in ZAKDR 1936, 110;
 Staudinger-Coing, aaO. § 134 Anm.3
 2. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S.1160 f.
 3. vgl. oben S.95

d) Die Willenserklärung im Bankverkehr.

aa) Der Zugang der Willenserklärung.

Die Wirksamkeit empfangsbedürftiger Willenserklärungen tritt nach § 130 BGB bei einer Erklärung unter Abwesen- den mit Zugang an den Erklärungsgegner ein. Demgegenüber bestimmen die AGB ¹⁾, daß die Wirksamkeit einer abgesand- ten, schriftlichen Erklärung in dem Zeitpunkt eintritt, in dem sie nach dem gewöhnlichen Postlauf den Empfänger erreichen konnte. Es soll nicht darauf ankommen, ob sie den Empfänger erreicht hat. Besonders klar kommt dies in den AGB der Sparkassen zum Ausdruck, wonach diese Wirkung auch eintreten soll, wenn das Schreiben als unzustellbar zurückkommt. In dieser Form stellen die AGB nur eine un- wesentliche Modifizierung der ursprünglichen Fassung dar, nach der schriftliche Mitteilungen der Bank mit Absendung als zugegangen gelten sollten. In jedem Fall tritt an die Stelle des tatsächlichen Zugangs der Willenserklärung ein von der Bank festgesetzter Zeitpunkt, in dem die Willens- erklärung als zugegangen gelten soll.

Es ist nicht einfach herauszufinden, was die Banken hier- durch erreichen wollen. Nach Koch, der maßgeblich an der Herausgabe der AGB der Banken beteiligt war,²⁾ soll hier- durch die Zugangstheorie durch die vereinbarte Absendungs- theorie - heute eine modifizierte Absendungstheorie - ersetzt werden. Weshalb dieses geschehen soll, bleibt aber offen. Zwar spricht er davon, daß die Klausel im einseitigen Interesse der Bank liege; worin das Interesse der Bank bestehen soll, sagt er jedoch nicht ³⁾.

1. vgl. AGB der Banken Ziffer 1 Abs. 2

AGB der Sparkassen Ziffer 6 Abs. 2

2. nach Haupt, aaO. S. 80

3. Kochs Auffassung vgl. in Geschäftsbedingungen S. 234

Es wird diese Regelung wohl im Zusammenhang mit Ziffer 23 der AGB der Banken bzw. Ziffer 3 Absatz 2 der AGB der Sparkassen dem Schutze der Bank vor eintretendem Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden dienen sollen. Insbesondere wird man die Vorschrift des § 131 BGB ausschalten wollen, die bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Erklärungsgegners die Zugangsmöglichkeit von Willenserklärungen ausschließt oder zumindest stark einschränkt. § 131 BGB ergänzt die §§ 104 ff. BGB. Auch bei dieser Klausel handelt es sich also um den Versuch, den absoluten Schutz, den das BGB dem in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkten bietet, zu durchlöchern. Es gilt daher auch hier das zur Haftungsklausel Gesagte ¹⁾. Als Vertragsinhalt scheidet somit diese AGB-Klausel aus ²⁾.

Es wird zu Gunsten der Bank der Bestimmung nur der Sinn beizulegen sein, daß der Kunde die Gefahr des Verlustes oder der verspäteten Ankunft eines ordnungsgemäß an ihn abgesandten Briefes oder Telegramms tragen soll. Gleichzeitig will sich die Bank bei fristgebundenen Erklärungen die Möglichkeit schaffen, Fristen zu wahren, auch wenn durch Verzögerungen in der Postzustellung Fristen überschritten werden sollten.

Gegen die Möglichkeit solcher Vereinbarungen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Doch scheidet auch hier die Notwendigkeit einer allgemeinen Vereinbarung der AGB aus. Der Grund für das Erfordernis, daß eine Willenserklärung abgegeben werden muß, bzw. an eine bestimmte Frist gebunden ist, wird immer in einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Verhalten der Bank zum Kunden und einer Reaktion des Kunden hierauf liegen. In diesem Verhalten des Kunden wird auch regelmäßig die Anerkennung der AGB-Klausel liegen.

1. vgl. oben S. 94 ff

2. vgl. auch Haupt, aaO. S. 82

bb) Entlastung der Bank bei Übermittlungsfehlern.

In Ziffer 8 Abs. 1 der AGB der Banken bzw. Ziffer 13 Abs. 1 der AGB der Sparkassen soll der Kunde verpflichtet werden, den Schaden zu tragen, der aus Übermittlungsfehlern, Mißverständnissen und Irrtümern im telephonischen, telegraphischen, drahtlosen oder Fernschreiberverkehr mit ihm, mit Dritten oder mit auswärtigen Stellen der Bank entsteht, sofern der Schaden nicht von der Bank verschuldet ist.

Die unklare Fassung der Klausel wird wohl dahin interpretiert werden müssen, daß sie sich nicht gegen die §§ 120, 121 BGB sondern gegen den § 122 Abs. 2 BGB richtet. Die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung wegen Übermittlungsfehler soll weiterhin bestehen bleiben, doch soll die den Anfechtenden belastende Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses im Verhältnis zum Kunden entfallen und, soweit die Bank Dritten ersatzpflichtig wird, auf den Kunden abgewälzt werden ¹⁾).

Auch diese Klausel hängt bei der Ablehnung einer allgemeinen, generellen Vereinbarung nicht in der Luft. Notwendige Voraussetzung der Entstehung eines Schadensersatzanspruches ist immer, daß die Bank eine Willenserklärung abgegeben hat, die angenommen wurde, entweder dem Kunden gegenüber oder im Auftrage des Kunden Dritten gegenüber. Auch im letzten Fall muß es zunächst zu Willenserklärungen zwischen Bank und Kunden gekommen sein. In diesen Verhandlungen wird die Geltungsgrundlage der Klausel liegen. Jede Willenserklärung der Bank wird so auszulegen sein, daß ihre Wirkungen vor allem im Rahmen der AGB ausgelöst werden. weiß dieses der Kunde oder hätte er es wissen müssen, so liegt - wie oben dargestellt - in seinem Verhalten, soweit er nicht widerspricht, die Anerkennung dieses Willens der Bank.

1. vgl. Haupt, aaO. S. 96

Trost-Schütz, aaO. Ziffer 8 der AGB, Anm. 1a

e) Befugnis der Bank zur Entgegennahme von Geldbeträgen.

Nach Ziffer 4 Abs. 1 Satz 1 der AGB der Banken, Ziffer 1 Abs. 1 Satz 1 der Sparkassen ist die Bank während der Geschäftsverbindung unwiderruflich befugt, Geldbeträge für den Kunden entgegenzunehmen. Aus der Stellung dieser Klausel im System der AGB ergibt sich, daß sie sich in erster Linie auf die Ausgestaltung des Girovertrages bezieht. Soweit sie die Weisungsbefugnis des Kunden innerhalb dieses Vertrages einschränkt, ist sie für unsere Untersuchung ohne Interesse.

Problematisch wird die Rechtslage erst, wenn bei der Bank Gelder eingehen für einen Kunden, der mit ihr keinen Girovertrag abgeschlossen hat, für den kein Girokonto geführt wird. Dies kann vor allem geschehen, wenn für den Kunden nur ein Sparkonto eröffnet ist. Nach § 21 KWG scheiden die Sparkonten ganz aus dem Überweisungsverkehr aus. Darüber hinaus wird allgemein nach § 22 KWG die Verfügung über Beträge, die DM 1000,- monatlich übersteigen, von einer Kündigungsfrist von drei Monaten abhängig gemacht. Im Sparvertrag wird man daher höchstens eine Ermächtigung der Bank sehen können, dem Kunden Gelder auf Sparkonto gutbringen zu dürfen, die erkennbar zur Anlage bestimmt sind. Zur Annahme von Überweisungen schlechthin ist die Bank hieraus nicht befugt. Geht also ein Betrag für einen Kunden ein, mit dem die Bank keinen Girovertrag abgeschlossen hat, so erheben sich die schon in der Einleitung aufgeworfenen Fragen ¹⁾.

Ausgegangen werden soll vom Standpunkt der Rechtsprechung, daß zur Begründung einer Forderung des Kunden gegen die Bank auf Auszahlung erforderlich ist, daß die Bank zu

1. vgl. oben S. 26 ff

erkennen gibt, daß sie hierzu bereit ist. Diese Auffassung scheint in der Lehre noch nicht voll durchdacht worden zu sein ¹⁾.

Im wesentlichen stehen sich - wie schon ausgeführt - zwei Meinungen gegenüber. Die eine stützt sich zur Begründung der Forderung auf einen nachträglich zustande gekommenen Girovertrag. Die andere konstruiert den sogenannten allgemeinen Bankvertrag, in dem nach Ziffer 4 Abs. 1 Satz 1 der AGB das Recht der Bank, Geldbeträge entgegennehmen zu dürfen, ausgedrückt sei, dem das Recht des Kunden entspreche, von dieser die Herausgabe des Geldes zu verlangen. Dabei weicht die letzte Auffassung von dem Standpunkt der Rechtsprechung ²⁾ insofern ab, als es nach dieser Auffassung zur Begründung der Forderung des Kunden auf das Verhalten der Bank nach Entgegennahme des Überweisungsbetrages nicht mehr ankommen kann.

Die Rechtsprechung dagegen verlangt ein Verhalten der Bank bei oder nach der Gutschrift auf Konto "Pro Diverse", aus dem zu erkennen ist, daß die Bank bereit ist, den Betrag dem Begünstigten auszuzahlen ³⁾.

Befriedigender ist schon der Lösungsversuch über den nachträglichen Abschluß eines Girovertrages. Hierbei geht offensichtlich die Offerte von dem Geldinstitut aus, das den Eingang der Überweisung anzeigt. Die Annahme erfolgt durch den Kunden, und erst hierdurch wird die Auszahlungspflicht begründet.

Neben dem Verhalten der Bank ist also auch ein solches des Kunden erforderlich. Er muß die Offerte annehmen, sei es

1. vgl. Meyer-Cording, aaO. S. 23

2. vgl. oben S. 26 f

3. vgl. oben S. 26

durch empfangsbedürftige Willenserklärung, sei es nach § 151 BGB durch eine Annahmeerklärung ohne Empfangsbedürftigkeit. Da die Rechtsprechung offensichtlich allein auf den Willen der Bank abstellt und die Einstellung des Kunden bisher unberücksichtigt gelassen hat, empfiehlt es sich, nach einer anderen, die Ergebnisse der Rechtsprechung untermäuernden dogmatischen Lösung zu suchen.

Wie bei den Leistungen des Girovertrages, so hat auch die Bank in dem Fall, in dem sie eine Zahlung für der Kunden entgegennimmt und bereit ist, diesen an ihn zur Auszahlung zu bringen, den Willen, dem Kunden ein Geschäft zu besorgen. Es bedarf garnicht der mühsamen Konstruktion eines Vertragsverhältnisses, um hieraus die Rechte und Pflichten zu begründen, die die Rechtsprechung Kunden und Bank auferlegt.

Nach § 677 BGB übernimmt die Bank durch ihr Verhalten und den Willen, dies für den Kunden zu tun, die in §§ 677, 681 BGB festgelegten Rechte und Pflichten. Auf den Geschäftsführungswillen stellt es die Rechtsprechung ab, wenn sie den Standpunkt vertritt, daß es zum Erwerb eines Anspruches gegen die Bank entscheidend auf den Willen der Bank ankomme, den Betrag dem Begünstigten auszahlen, d.h. das Geschäft des Geldempfanges für ihn übernehmen zu wollen. Der Anzeige der Gutschrift kommt daher keinerlei rechtsbegründende Wirkung zu; sie ist nur Indiz für den Willen der Bank. Nach § 681 Abs. 1 Satz 1 BGB ist sie als Verpflichtung aus dem bereits entstandenen Schuldverhältnis erforderlich. Hat die Bank den Willen, das Geld für den Kunden entgegenzunehmen, dann ist sie ohne Rücksicht auf die Art der Verbuchung nach §§ 688 Satz 2, 677 BGB verpflichtet, den Betrag an den Kunden auszuzahlen.

Abgelehnt wird diese Auffassung ausdrücklich von Schoele ¹⁾.

1. aaO. S. 676

Man komme auf diesem Wege doch wieder zu dem von Rechtsprechung und Schrifttum einhellig abgelehnten Ergebnis, daß der Girovertrag nicht als Vertrag zu Gunsten Dritter auszulegen sei in dem Sinne, daß der Empfänger durch einen Überweisungsauftrag zu seinen Gunsten ohne weiteres einen Anspruch gegen die beauftragte Bank erhalte. Schoele erkennt jedoch, daß der Anspruch des Kunden nicht durch und im Zeitpunkt des Abschlusses des Girovertrages durch den Dritten, sondern erst mit dem Eingehen des Geldes, seiner Annahme durch die Bank und ihren Willen, dies für den Überweisungsempfänger zu tun, entsteht. Das ist ein sehr wesentlicher Unterschied.

Sowohl bei der Annahme eines Girovertrages, wie auch bei der hier vertretenen Lösung entfällt eine Bedeutung der Klausel, die über den Girovertrag hinausreicht.

f) Die Vereinbarung von Erfüllungsort, geltendem Recht und Gerichtsstand.

Zum Schluß wird auf die Bestimmung der AGB eingegangen, die den Erfüllungsort, das geltende Recht und den Gerichtsstand festlegen will ¹). Während bei der Vereinbarung des Erfüllungsortes und der Anwendung des am Erfüllungsort geltenden Rechts nichts ihrem Abschluß bei Begründung des einzelnen Bankgeschäftes widerspricht, die Konstruktion einer generellen Vereinbarung also nicht notwendig ist, wird bei der Vereinbarung des ausschließlichen Gerichtsstandes die Gestaltung eines konkreten Rechtsverhältnisses zur notwendigen Voraussetzung.

Nach § 40 Abs. 1 ZPO ist die Vereinbarung eines Gerichtsstandes, der auch - mit Ausnahme der zwingenden gesetzlichen

1. Ziffer 26 der AGB der Banken
Ziffer 24 der AGB der Sparkassen

Gerichtsstände - als ausschließlicher festgesetzt werden kann, möglich. Nach einhelliger Auffassung ist jedoch dabei Voraussetzung, daß sich diese Vereinbarung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezieht. Der Hinweis auf den ganzen zukünftigen Rechtsverkehr ist unzulässig ¹⁾. Das gibt auch Koch zu ²⁾, wenn er feststellt, daß nach herrschender Auffassung durch einen Wortlaut "für alle Streitigkeiten aus der Geschäftsverbindung" das Rechtsverhältnis nicht genügend bestimmt ist. Bei der Bank jedoch, so meint er, sei die Geschäftsverbindung auf einen fest umgrenzten und allgemein bekannten Kreis von Geschäften bezogen, wodurch die eventuellen Rechtsstreitigkeiten hinreichend bestimmt seien. Dies würde in Rechtsprechung und Literatur anscheinend auch nicht bestritten.

Doch schon Raiser ³⁾ weicht von Koch ab, indem er die Gerichtsstandsabrede in die von ihm aufgestellte Gruppe C der AGB einordnet, in der die Bestimmungen enthalten sind, die sowohl dem Geschäftsverbindungsvertrag angehören, als auch Inhalt des jeweiligen Einzelvertrages werden.

Noch weiter von einer allgemeinen Vereinbarung des Gerichtsstandes im Bankverkehr distanziert sich Haupt ⁴⁾.

Diese Bedenken sind zu teilen. Es kann nicht eingesehen werden, weshalb gerade im Bankverkehr mit der Bezeichnung "Geschäftsverbindung" die zukünftigen Geschäfte besonders eng bestimmt sein sollen. Die fortschreitende Entwicklung zum Universalinstitut bringt es gerade mit sich, daß der schon jetzt sehr umfangreiche Kreis der Bankgeschäfte, von denen der Laie zum Teil keine Vorstellungen hat, fortwährend erweitert wird.

1. vgl. Wleczorek, aaO. § 40 Anm. B I

2. Geschäftsbedingungen, S. 239

3. aaO. S. 138

4. aaO. S. 24 Anm. 50

So wenig erfolgversprechend es ist, um die Geltung der Gerichtsstandsklausel zu begründen auf der mehr oder weniger großen Bestimmbarkeit der Bankgeschäfte als Gesamtheit zu bestehen, so wenig notwendig ist es auch. Es können nämlich keinerlei Bedenken aufkommen, wenn man sich von der eingebürgerten Vorstellung der generellen Vereinbarung der AGB löst und sich der Möglichkeit der Anerkennung der entsprechenden Klausel bei der Gestaltung des einzelnen Bankgeschäftes anschließt.

Die eingehende Prüfung aller Möglichkeiten hat gezeigt, daß es im Bankrecht keinen Platz für den sogenannten Geschäftsbedingungsvertrag im Sinne einer allgemeinen Vereinbarung gibt. Die einzelnen Bestimmungen der AGB - nicht ihre Gesamtheit - werden nur im Rahmen der Gestaltung bestimmter Bankgeschäfte wirksam.

Es kann somit in Ergänzung der Geschichte der AGB ¹⁾ festgestellt werden, daß die Herausziehung einzelner Bestimmungen aus den Einzelverträgen und ihre Zusammenfassung als allgemeine Vertragsbestimmungen in besonderen Formularen nur eine äußere Trennung darstellt. Rechtlich bleibt der unlösbare Zusammenhang mit dem bankgeschäftlichen Einzelvertrag bestehen, von dessen Abschluß und rechtlichem Schicksal nach wie vor auch die Wirksamkeit der einzelnen Bestimmungen der AGB abhängt.

1. vgl. oben S.32

C. Zweiter Hauptteil.

§ 10 Die rechtliche Bedeutung der Geschäftsbesorgung.

Im Bankrecht taucht recht häufig der Begriff der Geschäftsbesorgung auf, dem die Mehrzahl der Bankgeschäfte untergeordnet wird. Das geschieht in unterschiedlicher Weise. In erster Linie interessiert hier, ob die verschiedenen Leistungen der Bank Gegenstand eines generellen, einheitlichen Rechtsverhältnisses zwischen Bank und Kunden sind, etwa in Form eines "allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrages" ¹⁾.

Die Klärung dieser Frage führt uns wieder auf ein stark umstrittenes Gebiet der Privatrechtsdogmatik. Anlaß zur Entwicklung von teilweise recht abweichenden Meinungen ist die unklare Fassung des § 675 BGB: Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Die Fassung des Gesetzes läßt eine Bestimmung des Begriffes "Geschäftsbesorgung" völlig offen.

Auf der Suche nach Klarheit ist die Wissenschaft recht unterschiedliche Wege gegangen. Von einem näheren Eingehen auf den Stand der Meinungen kann dank der ausgezeichneten Darstellung von Nipperdey ²⁾ Abstand genommen werden. Es wird genügen, hier nur die Hauptrichtungen aufzuzeigen.

Zunächst kann eine grundsätzliche Unterscheidung gemacht werden, wie die Frage nach dem Inhalt der Geschäftsbesorgung

1. vgl. Klausing, oben S.

2. Staudinger-Nipperdey, aaO. § 675 Anm. 4 ff.

gestellt wird. Einmal kann man nach dem Leistungsgegenstand, also nach dem "was" fragen; zum anderen kann man auf die Art abstellen, wie die Leistung, das "was", erbracht werden soll, indem man nach dem "wie" fragt. Sicher sind gewisse Leistungen nahezu untrennbar mit einer bestimmten Art ihrer Erbringung verbunden. Andererseits gibt es aber eine Mehrzahl von Leistungen, die hinsichtlich der Art, wie sie erbracht werden können, völlig neutral sind. So kann z.B. die Anlage eines Gartens - je nach den Umständen - auf unmittelbare Weisung des Gartenbesitzers hin durch abhängige Arbeitskräfte erfolgen; sie kann aber auch einem Gartenarchitekten übertragen werden, der die Bestellung in eigener Verantwortung für den Gartenbesitzer besorgt.

Da es keinen Unterschied machen kann, ob eine vereinbarte Leistung wesensmäßig oder vertragsmäßig nur in einer bestimmten Art und Weise erbracht werden kann, wird man als unterscheidendes Kriterium nicht das unterschiedliche "was", sondern das gemeinsame "wie" herausstellen müssen.

Dennoch versucht eine Richtung in der Literatur, den Begriff der Geschäftsbesorgung vom Leistungsgegenstand her zu fassen. Sie hält sich dabei an den Wortlaut des Gesetzes, der von Dienst- und Werkverträgen spricht, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Im Vordergrund steht hier die weit verbreitete Auffassung, die Tätigkeit der Geschäftsbesorgung müsse einen wirtschaftlichen Charakter haben oder es müsse sich um eine Verwaltungstätigkeit handeln, bei der fremde Vermögenswerte in die Hand des Handelnden gelangen. Weiter werden die Auffassungen vertreten, Gegenstand eines Vertrages nach § 675 BGB könnten nur rechtlich bedeutsame Handlungen oder Dienste höherer Art sein.

Entgegen tritt diesen Vorstellungen eine ebenfalls weit verbreitete, wenn nicht gar als herrschend zu bezeichnende Meinung, daß die Besorgung eines Geschäftes nur die

selbständige Tätigkeit sei. Diese Lösung gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man von der mehr oder weniger wortgetreuen Interpretation der gesetzlichen Bestimmung Abstand nimmt und mehr die ratio des § 675 BGB beachtet: Auf Dienst- und Werkverträge sollen neben den entsprechenden Vorschriften der §§ 611 ff. und §§ 631 ff. BGB bestimmte Auftragsregeln zur Anwendung kommen, da diese der Rechtslage mehr entsprechen. Die herangezogenen Vorschriften berücksichtigen vor allem die Interessenlage, die daraus entsteht, daß der Leistungsverpflichtete dem Leistungsberechtigten gegenüber eine selbständige Stellung einnimmt.

So wird man die Anzeigepflicht des § 663 BGB bzw. die unwiderlegliche Vermutung der Vertragsannahme nach § 362 Abs. 1 HGB nur dann bejahen können, wenn die angebotene Leistung in einem weitgehend unabhängigen Verhältnis zur Person des Berechtigten zu erbringen ist. Sollen die Werke oder Dienste in unmittelbarer Abhängigkeit vom Berechtigten durchgeführt werden, etwa unter organisatorischer Eingliederung in einen Betrieb, so wird man die Folgen des § 663 BGB bzw. des § 362 Abs. 1 HGB ablehnen müssen, da die mit einer unselbständigen Arbeit zumeist verbundenen persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse einen besonderen persönlichen Kontakt bei der Verpflichtung zu dieser Arbeitsleistung erfordern.

Auch die Regelung des § 665 BGB ist nur dort erforderlich, wo der Verpflichtete auf sich selbst gestellt handeln muß, wo es am unmittelbaren Kontakt mit dem Berechtigten fehlt. Das gleiche gilt für die Auskunftspflicht nach § 666 BGB. Weiter sind die §§ 667, 668 BGB nur dort von Bedeutung, wo der § 855 BGB nicht zur Anwendung kommen kann, d.h., wo es an einem Abhängigkeitsverhältnis fehlt. Ein Ersatz der Aufwendungen nach §§ 669, 670 BGB ist nur dann erforderlich, wenn eine unmittelbare Regulierung durch den Geschäftsherrn unmöglich, oder zumindest sehr erschwert ist.

Die Voraussetzung der Selbständigkeit des Verpflichteten kommt besonders stark in der Regelung über das Erlöschen des Werk- bzw. Dienstvertrages nach §§ 672, 673, 674 und auch 671 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Es werden vor allem die Interessen des Vertragspartners geschützt, der durch unvorhergesehene Ereignisse, die in der Person des anderen begründet sind, infolge des fehlenden sozialen Kontakts überrascht wird.

Aus diesen - im Rahmen der Arbeit nur sehr kurz zu halten- den - Ausführungen ergibt sich deutlich, daß der § 675 BGB nicht einen bestimmten Leistungsgegenstand zum Inhalt hat, sondern nur auf die Art und Weise abgestellt ist, wie das Verhältnis zwischen Leistungsschuldner und Leistungsgläubiger gestaltet ist. Es gibt also nicht einen allgemeinen Typ des Geschäftsbesorgungsvertrages schlechthin; es gibt nur Dienst- oder Werkverträge, deren Umstände die ergänzende Anwendung der in § 675 BGB herangezogenen Vorschriften erforderlich machen. Mit der Bezeichnung "Geschäftsbesorgungsvertrag" bleibt der Gegenstand der Leistungsverpflichtung völlig offen. Er ist Inhalt der Vereinbarung, die wir unterschiedlich als Dienst- oder Werkverträge mit ihren speziellen, typischen Regelungen bezeichnen.

§ 11 Die Geschäftsbesorgung im Bankverkehr.

Ausgehend von der Grundlage, daß es einen sogenannten allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrag nicht gibt, sondern nur Dienst- und Werkverträge, bei denen der Leistungsverpflichtete die Stellung des Geschäftsbesorgers einnimmt, sollen nunmehr konkret die Erscheinungen des Bankverkehrs daraufhin untersucht werden, ob sie auf einen einheitlichen Verpflichtungsgrund zurückführbar sind, der sich als Dienst- oder Werkvertrag, bzw. als Verbindung beider darstellt. Dabei darf nicht aus den Augen verloren werden, daß es u.U. ein Vertrag von andersgeartetem Typ sein kann, der im Bankverkehr die Stellung eines allgemeinen Verpflichtungsgrundes einnimmt. Es kommt nunmehr also auf die Begründung der Verpflichtung an, kraft derer die Bank im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes den Kunden Leistungen erbringen muß.

Wir gehen von den einzelnen Geschäften aus, die die Bank mit dem Kunden tätigt. Bei den vielen Erscheinungsformen des kaufmännischen Verkehrs müssen wir uns darüber klar sein, daß es hier nur darum geht, das einzelne kausale Geschäft herauszustellen, d.h., diejenige Rechtsbeziehung zwischen Bank und Kunden, welche die Leistungen zwischen ihnen rechtfertigt ¹⁾. Ganz außer Betracht bleiben die sekundären Verbindlichkeiten, die auf Grund der Vertragserfüllung zwischen Kunde und Bank entstehen, wie z.B. durch Akzeptierung eines Kundenwechsels durch die Bank beim Akzeptkredit, die Übernahme einer Bürgschaft beim Avalkredit oder die Bestätigung eines Akkreditivs.

Bei der rechtlichen Bewertung der einzelnen Bankgeschäfte muß man sich sehr davor hüten, sich von dem Sprachgebrauch in der Praxis beeinflussen zu lassen. So faßt eine Großbank folgende, von ihr betriebenen Geschäftsarten unter

1. Staudinger-Coing, aaO. Einl. 57 b 3 vor § 104

der Bezeichnung "Dienstleistungen" zusammen: Führung von Privat-, Geschäfts- und Gehaltskonten, Beratung in allen Geld- und Vermögensfragen, Vermögensverwaltung, Annahme von Spareinlagen, Gewährung von Krediten, Diskontierung von Wechseln, Einzug von Schecks, Wechseln und Dokumenten, Beratung in allen Wertpapierfragen, Verwaltung von Wertpapieren und Verwahrung von Wertgegenständen, An- und Verkauf von Investmentanteilen, Vermietung von Schließfächern, Ausgabe von Tank-Scheckheften, An- und Verkauf von Devisen, fremden Geldsorten, Reiseschecks und Goldmünzen. Nicht viel weiter kommen wir mit den überwiegend betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten folgenden Einteilungen nach Aktiv-, Passiv- und Dienstleistungsgeschäften ¹⁾ oder nach Kreditgeschäft, Zahlungsverkehr, Effektingeschäft ²⁾. Auch in rechtlichen Darstellungen der Bankgeschäfte folgt man weitgehend dem betriebswirtschaftlichen Schema ³⁾. So sehr sich diese Gruppierung für den überwiegend betriebstechnisch denkenden Bankpraktiker empfiehlt, ergeben sich hieraus doch für die rechtliche Beurteilung höchstens Anhaltspunkte.

Zur Klärung des Begriffes Bankgeschäft sei zunächst festgehalten, daß hierunter nur die geschäftlichen Beziehungen zwischen Bank und Kunde verstanden werden sollen. Es scheiden daher die verschiedentlich als Bankgeschäft bezeichneten Konsortialgeschäfte ⁴⁾ aus. Unter Konsortialgeschäft ist nichts anderes zu verstehen, als daß dem Kunden nicht ein einzelnes Bankinstitut, sondern deren mehrere in gesamthänderischer Bindung gegenüberstehen. Die Banken bilden Zweckgemeinschaften zur Durchführung größerer Geschäfte, um ein Risiko zu verteilen oder weil die finanziellen

1. vgl. Scheuermann in Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 1957, S. 195
Obst-Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, 1955

2. vgl. Theisinger-Löffelholz, aaO. Band II

3. v. Gierke, Handelsrecht, S. 491 ff.

Herold, aaO. S. VI ff

4. Herold, aaO. S. 79 ff.

Möglichkeiten einer einzelnen Bank überfordert werden. Es berührt aber den grundsätzlichen Rechtscharakter des einzelnen Bankgeschäftes nicht, wenn sich auf einer oder gar auf beiden Seiten statt Einzelpersonen Personengesamtheiten gegenüberstehen.

Als Grundverträge für die einzelnen Bankleistungen können auf den ersten Blick folgende Haupttypen unterschieden werden: Dienstverträge und Werkverträge, auf die der § 675 BGB zur Anwendung kommt, Kaufverträge, Darlehens- und Mietverträge.

Die Haupterscheinungsform des Dienstvertrages ist der Girovertrag ¹⁾, das Rechtsverhältnis, das den bargeldlosen Überweisungsverkehr regelt. Eng verbunden hiermit ist der Scheckvertrag, der die Bank zur Honorierung von Kundenschecks verpflichtet, und der Inkassovertrag, der den Einzug von Schecks, Wechseln und Quittungen zum Gegenstand hat. Wenn auch diese Vereinbarungen vielfach als Vertragseinheit angesehen werden ²⁾, da sie zumeist zeitlich zusammen treffend mit der Eröffnung des Girokontos abgeschlossen werden, so führen sie doch rechtlich weitgehend ein Eigenleben.

Die Selbständigkeit der Scheckabrede gegenüber dem Girovertrag kommt z.B. darin zum Ausdruck, daß die, von den Banken auch verschiedentlich gehandhabte Möglichkeit besteht, die Ausstellung ungedeckter Schecks durch Einziehung des Scheckheftes, durch Aufkündigung des Scheckvertrages zu unterbinden, ohne daß hierdurch der Girovertrag berührt würde. Die Interessenslage bei den Vereinbarungen ist auch

-
1. Meyer-Cording, aaO. S. 10
Schlegelberger-Lefermehl, aaO. § 365 Anm. 12
 2. Meyer-Cording, aaO. S. 9
Hueck, Wertpapiere, S. 105

recht unterschiedlich. Bei der Giroüberweisung übt die Bank auf das Geschäftsgeschehen einen kontrollierenden Einfluß aus, indem sie Überweisungsaufträge, denen keine Deckung gegenübersteht, garnicht erst ausführt, in den öffentlichen Verkehr weiterleitet. Bei der Scheckausstellung durch den Kunden tritt die Entscheidung über die Honorierung erst ein, wenn der Scheck u.U. bereits durch eine ganze Reihe von Händen gegangen ist. Die Nichteinlösung von Schecks kann daher starke wirtschaftliche Störungen auslösen. Das Interesse der Bank verlangt, daß sie sich von solch untragbaren Verpflichtungen frei machen kann, ohne daß dadurch der übrige Zahlungsverkehr mit dem Kunden berührt wird. Bei der Verbindung von Giro- und Scheckabrede redet man daher besser nicht von Vertragseinheit, sondern von der Verbindung selbständiger Verträge ¹).

Neben dem Zahlungsverkehr wird man wohl auch alle verwaltenden Tätigkeiten der Banken, Wertpapierverwaltung, allgemeine Vermögensverwaltung, auf Dienstverträge zurückführen müssen.

Als Werkvertrag wird zumeist die Verpflichtung der Bank zur Eröffnung eines Dokumentenakkreditivs bezeichnet ²). Es wird damit die Verpflichtung der Bank begründet, einen Betrag auszuzahlen Zug um Zug gegen Entgegennahme von Papieren, die die ordnungsgemäße Erlangung der Gegenleistung garantieren.

Eine bedeutende Rolle spielt im Bankgeschäft auch der Kaufvertrag. Abgesehen von den vielen Abschlüssen von Devisenkauf- und -verkaufsverträgen im internationalen Zahlungsverkehr, im Reiseverkehr vielfach auch Geldumtausch genannt,

1. vgl. zu Vertragsverbindungen Enneccerus-Lehmann, aaO. S. 394

2. z.B. Schlegelberger-Hefermehl, aaO. § 365 Anm. 71
Enneccerus-Lehmann, aaO. S. 409

spielen die Regeln der §§ 433 ff. BGB eine hervorragende Rolle bei der Wechseldiskontierung. Die Wechseldiskonierung ist nichts anderes als der Ankauf von Wechseln, für die als Entgelt nicht der volle, sondern der um einen Zwischenzins, den Diskont, verminderte Forderungsbetrag vergütet wird.¹⁾ Eingegliedert wird der Diskontvertrag zu-
meist in die Gruppe der Kreditgeschäfte, ja Koch²⁾ will ihm den Kaufvertragscharakter überhaupt absprechen.

An dieser Stelle muß deshalb kurz auf den Begriff des Kreditgeschäftes eingegangen werden, das rechtlich vielfach als Kredit- bzw. Krediteröffnungsvertrag bestimmt wird. Dabei wird die Kreditgewährung rechtlich meist mit dem Abschluß eines Darlehensvertrages oder eines Darlehensvorvertrages gleichgesetzt³⁾.

Das Wesen des Kredits kann wie folgt definiert werden: Kredit ist das Vertrauen, daß einer Leistung nach Ablauf der Kreditfrist die Gegenleistung folgt⁴⁾, das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft einer Person⁵⁾. Dieses Vertrauen spielt bei allen Geschäften eine Rolle, bei denen der Austausch der Leistungen nicht Zug um Zug erfolgt, bei denen ein besonderes Risiko besteht. Es gibt vertragliche Vereinbarungen, denen diese Eigenschaften wesensmäßig sind, das Darlehen, die Bürgschaft. Andere Verträge, deren Abwicklung an sich Zug um Zug erfolgt, können durch besondere Abrede zu Kreditgeschäften werden, indem die eine oder andere Leistung gestundet wird.

Es lassen sich vom Kredit insofern Parallelen zur Geschäfts-

1. vgl. v. Gierke, Handelsrecht, S. 492

Herold, aaO. S. 34

2. Bankgeschäfte, S. 158 f.

3. Koch, Bankgeschäfte, S. 92

Herold, aaO. S. 29

4. vgl. Theisinger, aaO. S. 2f.

5. vgl. Herold, aaO. S. 29

besorgung ziehen, als beide nicht Gegenstand eines selbständigen Leistungsversprechens sein können, sondern Verträgen verschiedenster Art nur eine bestimmte Färbung geben. Auch der Kredit bezieht sich nicht auf das "was", sondern auf das "wie" eines Leistungsversprechens.

Es steht daher beim Wechseldiskont die Eigenschaft des Kredits, das Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Akzeptanten und der anderen Wechselverpflichteten, der Annahme eines Kaufvertrages nicht entgegen.

Als rechtlich zwischen Kauf- und Dienstvertrag stehend spielt das Kommissionsgeschäft eine immer bedeutsamere Rolle. Durch die Ausgabe von Volksaktien werden immer breitere Kreise am Effektenhandel, der sich zumeist in der Form der Kommission abspielt, interessiert.

Bei der Erörterung des Kredits ist auch schon das Darlehen erwähnt worden. Hierunter ist die Verfügungstellung von Geld, Bar- oder Buchgeld, durch die Bank für den Kunden zu verstehen. Es ist für den Grundcharakter dieses Rechtsgeschäftes unerheblich, ob das Darlehen als einmalige Auszahlung gegeben wird oder in mehreren stets wechselnden Beträgen, in der sogenannten laufenden Rechnung. Auf die Auseinandersetzung, ob das Darlehen als verpflichtender Konsensualvertrag oder als Realvertrag anzusehen ist, soll hier nicht eingegangen werden. Verwandt sind die Darlehensverträge mit der Regelung des Depositengeschäfts, der Entgegennahme von Kundeneinlagen durch die Bank. Dieses Geschäft untersteht als depositum irregulare den Regelungen des Darlehens.

Die Entgegennahme von Verwahrstücken und die Führung von Depots stellen rechtlich Verwahrungsverträge dar ¹⁾, wobei

1. vgl. Herold aaO. S. 64 f.

im letzten Fall die Sonderregelungen des Depotgesetzes zusätzlich zu beachten sind. Dagegen erfolgt die Überlassung von Tresorfächern im Rahmen eines Mietvertrages ¹⁾.

Schon diese recht kurze Übersicht zeigt - entsprechend der Vielfalt von Bankgeschäften - eine Vielfalt von Vertragsformen, die den einzelnen Geschäften zu Grunde liegen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß diese verschiedenen Vertragstypen nicht doch in so enger Verbindung stehen, daß man von einem allgemeinen Bankvertrag sprechen kann.

Es sind Fälle denkbar, in denen eine bankrechtliche Vereinbarung von der anderen so abhängig ist, daß das Bestehen oder die Erfüllung der einen Voraussetzung für die andere ist. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis besteht z.B. zwischen der Verwahrung und der Verwaltung der Wertpapiere. Hier kann man trotz des unterschiedlichen Rechtscharakters der beiden Vereinbarungen von einem einheitlichen Vertrag sprechen. Ein weiteres Abhängigkeitsverhältnis ist auch darin zu sehen, daß die Banken bei Gewährung eines Darlehens regelmäßig vom Kunden verlangen, daß dieser seinen gesamten Zahlungsverkehr über die betreffende Bank abwickelt. Dies geschieht zur Erleichterung der Kreditüberwachung.

Wenn im Bankrecht also auch hier und da zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges verschiedene Vertragstypen kombiniert werden, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß alle, oder doch zumindest alle üblichen Bankgeschäfte einem rechtlich einheitlichen Vertragsverhältnis entspringen. Es bedarf garnicht der gegenüberstellung von sogenannten neutralen Geschäften und solchen, die mit Kredit verbunden sind, wie Darlehen oder Wechseldiskontierung, um die Unhaltbarkeit der Auffassung darzutun, die die Rechte und

1. vgl. Herold, aaO. S. 65

Pflichten von Bank und Kunde auf einen einheitlichen, allgemeinen Vertrag zurückführen wollen. Die oben gezeigte Selbstständigkeit des Scheckvertrages gegenüber dem Girovertrag zeigt, daß auch innerhalb der reinen Dienstleistungsgeschäfte die einzelnen Abreden grundsätzlich ein rechtliches Eigenleben führen. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß es Fälle geben kann, in denen sämtliche Vereinbarungen innerhalb einer Geschäftsverbindung miteinander stehen und fallen. Diese stellen aber die Ausnahme dar.

In diesem Zusammenhang drängt sich noch ein anderer Gedanke auf.

Es ist davon ausgegangen worden, daß Geschäftsbesorgung das "wie" einer Leistung betrifft, daß die Ausführung von Dienst- und Werkleistungen durch die Bank die Anwendung des § 675 BGB verlangt. Neben den Dienst- und Werkverträgen spielen aber im Bankgeschäft auch die Kauf-, Miet- und Darlehensverträge eine große Rolle. Es fragt sich, ob die über § 675 BGB heranzuziehenden Normen auch bei den bankgeschäftlichen Kauf-, Miet- und Darlehensverträgen eine entsprechende Anwendung finden können.

Dagegen spricht zunächst der klare Wortlaut des § 675 BGB, der sich nur auf Dienst- und Werkverträge bezieht. Kauf, Miete und Darlehen erfordern aber auch nicht eine analoge Anwendung, denn die gesetzliche Regelung dieser Rechtsinstitute berücksichtigt bereits alle mit diesen Leistungen auftretenden Schwierigkeiten in ausreichendem Maße. So verbietet sich z.B. auch eine sinngemäße Anwendung des § 362 HGB auf Kaufs- und Verkaufsangebote ¹⁾.

1. Schlegelberger-Hefermehl, aaO. § 362 Anm. 4

§ 12 Die rechtliche Bedeutung des Vorvertrages.

"Unter einem Vorvertrag versteht man einen Vertrag, durch den beide Teile (oder auch nur ein Teil) verpflichtet sind, demnächst einen anderen obligatorischen Vertrag, den Hauptvertrag', abzuschließen." Diese von Larenz¹⁾ geprägte Definition des Vorvertrages entspricht der heute herrschenden Auffassung.

Gegenstand der Vereinbarung ist die Verpflichtung zur Mitwirkung beim Abschluß eines weiteren obligatorischen Vertrages. Hierdurch unterscheidet sich der Vorvertrag von dem kausalen Rechtsgeschäft. Zwar verpflichtet letzteres auch zum Abschluß eines weiteren Vertrages, doch hat dieser - im Gegensatz zum Hauptvertrag des Vorvertrages - nicht obligatorischen, sondern verfügenden, dinglichen Charakter. Auch ist die Verbindung zwischen dinglichem und kausalem Vertrag enger als die zwischen Hauptvertrag und Vorvertrag. Über die Bereicherungsansprüche besteht eine starke - wenn auch mittelbare - Abhängigkeit des durch das dingliche Geschäft erstrebten Erfolges von der Gültigkeit des Kaufgeschäftes. Hieran fehlt es im Verhältnis des Hauptvertrages zum Vorvertrag. Es ist nach Abschluß des Hauptvertrages grundsätzlich unwesentlich, ob diesem ein wirklicher Vorvertrag zu Grunde gelegen hat oder nicht.

Vom Zeitpunkt nach Abschluß des Hauptvertrages her gesehen ist der Abschluß eines Vorvertrages grundsätzlich bedeutungslos. Der Sinn des Vorvertrages ist daher der Interessenlage zu entnehmen, die vor Abschluß des Hauptvertrages besteht. Es ist denkbar, daß zwischen zwei Parteien der Abschluß eines Verpflichtungsgeschäftes beabsichtigt ist, ohne daß gegenwärtig der Inhalt des Geschäftes genau festgelegt werden kann. Gleichwohl ist aber ein Interesse einzelner oder auch aller Partner denkbar, sich mit

1. Lehrbuch, S. 60

Eintritt der Bestimmtheit der Leistung einen Anspruch auf diese zu sichern.

Ein Beispiel mag diese Situation erläutern: Ein Sammler trifft mit einem Antiquitätenhändler eine Vereinbarung, nach der der Händler verpflichtet ist, dem Sammler Kunstgegenstände aller Art einer bestimmten Epoche anzubieten, sobald er solcher habhaft wird. Hier sind die künftigen Leistungen und Gegenleistungen noch zu unbestimmt, um Gegenstand eines Kaufvertrages werden zu können. Es ist unbestimmt, ob der Händler jemals einen der gesuchten Gegenstände erlangen wird, welcher Art gegebenenfalls ein solcher sein und welchen Wert er besitzen wird. Dennoch besteht ein Interesse des Sammlers daran, daß ihm diese zur Zeit noch völlig unbestimmten Gegenstände vielleicht einmal angeboten werden.

Es kann nicht ernsthaft bestritten werden, daß dem Sammler und dem Händler die Begründung einer solchen Verpflichtung im Rahmen des Schuldrechts möglich ist. Gegenstand der Verpflichtung ist nicht der zukünftig etwa zu erwerbende Gegenstand, sondern ein rechtsgeschäftliches Verhalten eines Partners, das dem Abschluß eines weiteren obligatorischen Vertrages dienen soll. Diese Verpflichtung wird man als Vorvertrag, den eventuellen Kauf des Kunstgegenstandes als Hauptvertrag anzusehen haben. Der von Sammler und Händler zunächst abgeschlossene Vertrag ist lediglich auf ein Kontrahieren gerichtet.

Soll der Vorvertrag seinen Zweck erfüllen, dann muß jede berechnigte Partei bei Weigerung der anderen auf Abschluß des Hauptvertrages klagen und das der Klage stattgebende Urteil gemäß § 894 ZPO vollstreckt werden können¹). Hier liegen die eigentlichen Schwierigkeiten bei der dogmatischen

1. vgl. Larenz, Lehrbuch S. 60

Konstruktion des Vorvertrages. Die Rechtsprechung verlangt, daß der Inhalt des Hauptvertrages im Vorvertrag schon so weit vorgezeichnet ist, daß er zur Not durch Auslegung richterlich ermittelt werden kann ¹⁾. Andererseits ist ein Vorvertrag überflüssig, wenn alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages in ihm schon festgelegt sind.

Schloßmann ²⁾ hält diese beiden Gesichtspunkte für unvereinbar und kommt daher zur Ablehnung der Existenz des Vorvertrages: Was könnte den, der eine Sache kaufen will, bestimmen, mit dem anderen, mit dem er über die Kaufbedingungen - absolut oder relativ bestimmt - einig geworden ist, nicht sofort den Kaufvertrag abzuschließen. Sollten Parteien trotzdem einen solchen "Vorvertrag" abschließen, würde der geschlossene Vertrag trotzdem als Kaufvertrag - nicht ausulegen, sondern - zu behandeln sein.

Auch Larenz ist sich dieser Problematik voll bewußt ³⁾. Er kommt aber dennoch zu einer Bejahung des Vorvertrages: "Die Bindung durch einen Vorvertrag wird daher vor allem dann in Frage kommen, wenn ein bindendes Vertragsangebot jetzt deshalb noch als verfrüht erscheint, weil man die Bedingungen des zukünftigen Vertrages im Augenblick noch nicht in allen Einzelheiten festlegen kann oder will" ⁴⁾.

In diesen Gedanken von Larenz liegt die Lösung der ganzen Schwierigkeiten. Larenz stellt hinsichtlich der Unbestimmtheit des Hauptvertrages auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages ab. Gäbe es eine solche Unbestimmtheit nicht, stände tatsächlich sachlich dem Abschluß des Hauptvertrages nichts im Wege. Der Vorvertrag findet seine Berechtigung nur in der Überbrückung der Zeit, die zwischen

1. BGH BB 53,958; Betrieb 53,124 f.; 58,763

2. Iherings Jahrb. 45-46,6 f.

3. Betrieb 55,210

4. Betrieb 55,209

der Unbestimmtheit und der vollen Bestimmbarkeit des Hauptvertrages liegt.

Es ist demnach zu unterscheiden zwischen der Bestimmbarkeit des Hauptvertrages im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages und seiner Bestimmbarkeit im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verpflichtungen aus dem Vorvertrag. Dabei ist festzuhalten, daß eine Fälligkeit der Verpflichtungen des Vorvertrages nicht eintreten kann, als bis der Leistungsgegenstand des Hauptvertrages voll bestimmbar ist. Mit anderen Worten: Die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit muß im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages gegeben sein. Von hier aus rückschauend muß die Leistung bestimmbar sein, nicht vorausschauend vom Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages.

Diese Auffassung wird auch dem Standpunkt der Rechtsprechung gerecht. Die Fälligkeit der Leistung gehört regelmäßig zum Klagegrund und bei ihrem Fehlen erfolgt Sachabweisung. Mit Eintritt der Fälligkeit der Kontrahierungspflicht aus dem Vorvertrag ist auch der Inhalt des Hauptvertrages voll bestimmbar. Es besteht für die Gerichte somit die Möglichkeit, zum Abschluß eines Vertrages mit ganz bestimmtem Inhalt zu verurteilen.

§ 13 Der Vorvertrag im Bankverkehr.

Ausgehend von der als zutreffend zu bezeichnenden Definition von Larenz, wird man im Geschäftsverkehr zwischen Bank und Kunden da von einem Vorvertrag sprechen können, wo nicht unmittelbar die Bankleistung zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht wird, sondern die Verpflichtung, gegebenenfalls einen Vertrag abzuschließen, der eine Leistung der Bank zum Gegenstand hat. Wenn solche Absprachen getroffen werden, so wird dies zumeist im Interesse des Kunden geschehen, der hierdurch in die Lage versetzt werden soll, in seinem Wirtschaftsbetrieb Bankleistungen - etwa in Form eines Darlehens - einplanen zu können. Die Banken wird es dagegen meistens weniger berühren, ob sie mit Sicherheit mit einem Geschäftsabschluß rechnen können oder nicht.

Der Bankvertrag als Vorvertrag erscheint in der Literatur des Bankrechts in verschiedener Gestalt. So spricht Koch ¹⁾ vom Abschluß eines Vorvertrages zur Regelung der durch die Sonderverträge abzuschließenden Geschäfte. In seinem Vorvertrag ist nicht die Rede von einer Verpflichtung zum Kontrahieren bei Sonder- oder Hauptverträgen. Inhalt sind viel mehr die von den Banken aufgestellten Formularbedingungen, die AGB. Der Rechtscharakter einer solchen Vereinbarung ist bereits oben behandelt worden ²⁾; jedenfalls fällt sie nicht unter den hier vertretenen Begriff des Vorvertrages als einer obligatorischen Verpflichtung zum Abschluß weiterer obligatorischer Rechtsgeschäfte.

Anders verhält es sich mit der unter anderen bei Koenige-Teichmann-Koehler ³⁾ zum Ausdruck kommenden älteren

1. vgl. oben S. 22

2. vgl. oben § 8

3. aaO. § 362 Anm. 3 h

Auffassung vom Wesen des Girovertrages. Hiernach verpflichtet sich die Bank durch Eröffnung eines Kontos dem Girokunden gegenüber, auf seinen Antrag hin später einzelne Giroverträge abzuschließen, kraft derer die Bank unmittelbar zur Durchführung von Zahlungsgeschäften verpflichtet wird. Wenn auch hier das Institut des Vorvertrages in der von uns vertretenen Art und Weise zur Anwendung gebracht wird, so lassen doch die Umstände bei Eröffnung des Girokontos die Annahme des Abschlusses eines Vorvertrages nicht gerechtfertigt erscheinen. Es fehlt vor allem an der notwendigen Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes. Gegenstand der Girovereinbarung ist nicht der einzelne Überweisungsvorgang, sondern die Zurverfügungstellung der dem Giroverkehr dienenden Bankeinrichtungen. Dabei handelt es sich um einen Dienstvertrag, in dem die Bank die Stellung eines Geschäftsbesorgers einnimmt. Der einzelne Überweisungsauftrag stellt nichts anderes dar, als eine Weisung im Sinne des § 665 BGB. Diese Auffassung vom Girovertrag kann heute als völlig gesichert gelten ¹⁾.

Nicht nur die Geschäfte des Giroverkehrs, sondern alle neutralen, nicht mit Einräumung eines Kredits verbundenen Geschäfte will Raiser ²⁾ zum Gegenstand eines Vorvertrages machen: Gegenstand der Verpflichtung bei Kontoeröffnung sei nicht die Ausführung aller neutralen Geschäfte auf einseitige Weisung des Kunden hin, sondern die Bereitschaft zum Abschluß von Einzelverträgen.

Dieser Auffassung steht auch Koch ³⁾ sehr nahe - unbeschadet seiner eben wiedergegebenen Gedanken. Er sagt, die Bank verpflichte sich, die neutralen Geschäfte auf einseitige Willenserklärung des Kunden hin auszuführen.

1. vgl. Meyer-Cording, aaO. S. 32 mit weiteren Literaturangaben

2. vgl. oben S. 30 f.

3. vgl. oben S. 21 f

Diese Verpflichtung will er jedoch durch § 663 BGB beschränkbar wissen. Abgesehen davon, daß auf Bankgeschäfte nicht der § 663 BGB, sondern der § 362 HGB zur Anwendung kommen muß, bezeugt die Herbeiziehung dieser Vorschriften, daß Koch selbst nicht an eine bereits abgeschlossene Verpflichtung der Bank zur Durchführung aller neutralen Geschäfte glaubt. Soweit bereits ein Vertrag gültig geschlossen ist, verlieren die § 663 BGB und § 362 HGB ihren Sinn; denn sie wollen gerade die vorvertragliche Situation klären, die dadurch entsteht, daß ein Kontrahent sich zu der ihm zugegangenen Offerte nicht eindeutig erklärt. Soweit von Koch eine Einigung angenommen wird, kann diese daher nur die Rechtswirkung eines Vorvertrages haben, der auf den Abschluß einer ganzen Gruppe von Hauptverträgen gerichtet ist.

Die Gesamtumstände bei Eröffnung eines Girokontos lassen den Abschluß eines so allgemeinen Vorvertrages sehr zweifelhaft erscheinen. Hinsichtlich des einfachen Giroverkehrs ist ja bereits festgestellt, daß er mit Kontoeröffnung unmittelbar Gegenstand eines Hauptvertrages wird. Es kann daher der Vorvertrag nur zum Abschluß von anderen Geschäftsverträgen verpflichten. Große Unsicherheit hinsichtlich des Verpflichtungscharakters dieser Vereinbarung spricht aus der Einräumung eines Ablehnungsrechtes der Bank durch Heranziehung des § 663 BGB bzw. § 362 HGB.

Es ist nicht ersichtlich, was für die Annahme einer solchen vorvertraglichen Vereinbarung sprechen soll. Eine ausdrückliche, einheitliche Verpflichtung der Bank zur Durchführung aller neutralen Geschäfte, bzw. zum Abschluß ihrer Kausalverträge besteht nicht, wird auch nicht behauptet. Die Interessenlage zwingt aber auch nicht dazu, dem Verhalten von Bank und Kunden konkludent einen solchen Vertragswillen zu unterstellen. Der Kunde macht sich zumeist gar keine Gedanken über den großen Bereich der neutralen Bankgeschäfte. Viel weniger will er die Bank zum Abschluß entsprechender

Verträge verpflichten. Zumal kann er damit rechnen, daß die Bank ohnedies seinen Wünschen entsprechen wird. Sein Interesse am Vertragsschluß wird darüber hinaus durch § 362 HGB noch ganz besonders geschützt.

Aber auch die Bank wird sich von vertraglichen Verpflichtungen möglichst freihalten wollen. Es muß hier berücksichtigt werden, daß die neutralen Geschäfte gar nicht so neutral sind, wie z.B. das Verhältnis des Giro- zum Scheckvertrag zeigt ¹). Auch kann eine Bank aus verschiedenen Gründen gezwungen werden, einzelne Kunden auch hinsichtlich der sogenannten neutralen Geschäfte unterschiedlich zu behandeln. Solche Unterschiede können z.B. dann auftreten, wenn auf einzelnen Märkten Knappheit auftritt. Man wird sich daher von der Vorstellung lösen müssen, daß mit der hauptvertraglichen Girovereinbarung noch eine vorvertragliche Verpflichtung der Bank zum Abschluß weiterer Hauptverträge verbunden ist, die den gesamten Bereich der sogenannten neutralen Bankgeschäfte umfassen.

Eine gewisse Rolle spielt der Vorvertrag jedoch im Rahmen der Kreditgeschäfte. Die Bestimmung des Begriffes Kredit ist oben schon erfolgt ²). Abgesehen vom Avalkredit, können demnach zwei unterschiedliche Grundtatbestände dem bankmäßigen Kreditgeschäft zu Grunde liegen, entweder ein Darlehen oder ein Kaufvertrag in Form der Diskontierung von Wechseln.

Soweit man das Darlehen nach § 607 BGB als Realvertrag betrachtet, d.h. als unlösbare Verbindung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft, wird man in einer Vereinbarung eines Kunden mit einer Bank, nach der Geldmittel als

1. vgl. oben S.114 f

2. vgl. oben S.116 f

Darlehen zur Verfügung gestellt werden sollen, einen Vorvertrag sehen müssen. Das Darlehensversprechen verpflichtet nicht zur unmittelbaren Auszahlung der Valuta ¹⁾. Ein Schönheitsfehler ist, daß trotz völliger Bestimmtheit aller Vertragsbestimmungen aus rein dogmatischen Gründen bei Übergabe der Darlehensvaluta eine erneute obligatorische Einigung nach § 607 Abs. 1 BGB verlangt wird.

Auch die Vertreter des Realvertragscharakters des Darlehens sind sich der schwachen Stellen ihrer Position bewußt. So räumen sie - wenig konsequent - die Möglichkeit ein, daß eine Absprache über die Auszahlung eines Darlehens als reiner Konsensualvertrag unmittelbaren Anspruch auf Auszahlung geben kann ²⁾. Selbstverständlich wird damit zugleich die Verpflichtung zur Zurückzahlung verbunden sein. Es fragt sich wirklich, welchen Sinn die Konstruktion eines Darlehensvorvertrages da noch haben kann. Jedenfalls wird man in der bankgeschäftlichen Darlehensvereinbarung immer einen konsensualen Hauptvertrag sehen können.

Im Gegensatz zum Darlehensvertrag bedient man sich bei der Diskontierung von Wechseln vielfach des Vorvertrages. Der Wechseldiskont selbst ist Kaufvertrag. Der Kunde verpflichtet sich zur Übereignung eines Wechsels und damit zur Übertragung einer Wechselforderung auf die Bank, die Bank zur Zahlung der Wechselsumme abzüglich Diskont, Provision und Spesen ³⁾. Dieser Vereinbarung nach § 433 BGB geht aber üblicherweise noch eine andere Absprache zwischen Kunden und Bank voraus.

Bevor überhaupt ein bestimmter Wechsel zur Diskontierung

1. vgl. Palandt, aaO. Einf. vor § 607 Anm. 1 a

2. vgl. Palandt, aaO. Einf. vor § 607 Anm. 1 a

3. Einzelheiten zum Rechtscharakter des Diskontgeschäftes vgl. oben S. 116 f

vorgelegt wird, treten die Bankkunden zumeist an ihre Bank heran, um Sicherheit darüber zu erlangen, ob und in welcher Höhe Aussicht besteht, daß die Bank ihnen zukünftige Wechsel abkauft. Es kann für den Bankkunden von großem Interesse sein, in diesen Punkten Klarheit zu erhalten, da er seine eigene Liquidität nur richtig beurteilen kann, wenn die Refinanzierungsmöglichkeiten gesichert sind. Die Banken kaufen aber nicht von jedem Kunden beliebige Wechsel in beliebiger Höhe. Zunächst stellt die Sorge um die eigene Liquidität den Banken gewisse Grenzen. Denn auch die Bank kann u.U. zur Refinanzierung durch Rediskontierung bei der Deutschen Bundesbank gezwungen sein. Diese Art des weiterverkaufes ist einer Reihe von Unsicherheitsfaktoren ausgesetzt. Nach § 15 Bundesbank-Gesetz dient das Rediskontgeschäft der Bundesbank zur Regulierung der Währung. Dies geschieht vor allem durch Veränderung des Diskontsatzes, der ein überaus flexibles Mittel der Geldpolitik darstellt. Die Banken müssen darüber hinaus in Notzeiten auch mit einer starken Einschränkung des Gesamtvolumens der ankaufsfähigen Wechsel durch die Notenbank rechnen. Aus diesen Gründen sind die Banken gezwungen, ihr Wechselportefeuille immer in gewissen Grenzen zu halten, die in einer bestimmten Relation zum haftenden Eigenkapital stehen.

Neben diesen liquiditätspolitischen Gesichtspunkten ergeben sich für die Bank Beschränkungen im Wechselankauf aus der Bonität des einreichenden Kunden. Wegen der Unsicherheit von Wechselforderungen muß die Bank jederzeit in der Lage sein, auf den Einreicher durch Rückbelastung zurückgreifen zu können. Es können von dem einzelnen Kunden nur so viele Wechsel gekauft werden, wie dieser u.U. auch wieder zurücknehmen kann.

Aus all diesen Gründen räumen die Banken ihren Kunden Wechselkontingente ein. Sie erklären sich bereit, Wechsel bis zu einer bestimmten Gesamthöhe zu diskontieren. Diese

einheitliche Färbung dadurch, daß an ihnen Banken beteiligt sind, die im Rechtsleben eine besondere Stellung einnehmen, nicht nur auf Grund der AGB. Die den bankrechtlichen Verträgen zum Teil gemeinsamen Besonderheiten dürfen aber nicht dazu führen, einen einheitlichen, allumfassenden Vertrag anzunehmen. Doch besteht eine Berechtigung, diese Besonderheiten in der Systematik des Bankrechtes zusammenzufassen, etwa in der Form eines allgemeinen Teiles zum Recht der Bankgeschäfte. Hierher gehören z.B. die AGB-Klauseln, die sich auf die Willenserklärungen beziehen.

Soweit die Bezeichnung "Bankvertrag" in der Terminologie des Bankrechts überhaupt noch Verwendung findet, kann dies nur mit der Bedeutung geschehen, daß auf die so bezeichneten Vereinbarungen die Bestimmungen des allgemeinen Teiles des Rechtes der Bankgeschäfte zur Anwendung kommen. Es ist jedoch empfehlenswert, die Bezeichnung "Bankvertrag" ganz zu vermeiden, um keinen Ansatzpunkt für Mißdeutungen und Unklarheiten zu geben. Es ist daher der Forderung von Meyer-Cording ¹⁾ voll zuzustimmen, daß die nach der Art der beabsichtigten Geschäfte geprägten Vertragstypen auch durch ihre Benennung genau charakterisiert werden sollten.

1. aaO. S. 9

D . S c h l u ß t e i l .

§ 14 Bankvertrag und Bankrecht.

Die Untersuchung des ersten Hauptteiles hat gezeigt, daß es im Bankrecht keine allgemeine Geschäftsbedingungsvereinbarung gibt. Anknüpfungspunkt für die Rechtswirksamkeit bestimmter Vorschriften der AGB sind die jeweils konkret vereinbarten bankrechtlichen Geschäftsverträge. Weiterhin wurde im zweiten Hauptteil die Möglichkeit der Begründung eines allgemeinen Geschäftsbesorgungsvertrages aus dogmatischen Gründen abgelehnt. Als weiteres Ergebnis wurde festgestellt, daß auch die Annahme eines generellen Dienst- oder Werkvertrages, der - ähnlich dem Versicherungsvertrag im Versicherungsrecht - die zentrale Rechtsgrundlage für den Bankverkehr darstellt, nicht den Tatsachen entspricht. Schließlich ergab sich, daß auch dem Vorvertrag bei der Begründung bankgeschäftlicher Rechtsverhältnisse - mit Ausnahme des Diskontgeschäftes - keine Bedeutung zukommt. Es kann keinesfalls angenommen werden, daß die Banken sich mit Eröffnung des Bankverkehrs zum Abschluß aller oder eines großen Teiles von bankgeschäftlichen Verträgen verpflichten.

Die kurze Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zeigt, daß die eingangs gestellte Frage nach dem Vorhandensein eines zentralen bankrechtlichen Vertragsgebildes verneint werden muß. Aber auch dieses negative Ergebnis könnte als positiver Beitrag zur Durchdringung der noch weitgehend unerforschten Materie des Bankrechtes dienen. Zumindest ist die innere Struktur des Bankrechtes aufgeheilt worden.

Der Vielzahl der von der Bank ausgeführten Geschäftsarten entspricht auch eine Vielzahl recht unterschiedlicher Einzelverträge. Diese Verträge erhalten eine gewisse

Kontingente sind zumeist durch eine Grundsschuld abgesichert und werden laufend überwacht. Grundlage für die Vereinbarung eines Wechselkontingents ist also neben den Rediskontmöglichkeiten die Kreditwürdigkeit des Bankkunden. Es handelt sich hierbei um eine echte Form des Vorvertrages. Die Bank verpflichtet sich nicht, Wechsel des Kunden entgegenzunehmen, sondern nur, die vom Kunden eingereichten Wechsel zu prüfen und gegebenenfalls anzukaufen.

Ein globaler Ankauf von Wechseln verbietet sich für eine verantwortungsbewußte Bankleitung. Da in erster Linie der Akzeptant aus dem Papier haftet, wird jeder Wechsel vor seinem Ankauf gesondert auf die Bonität des Akzeptanten hin geprüft werden müssen. Entscheidend für den Abschluß eines Diskontvertrages im Rahmen eines Kontingents ist die Kreditwürdigkeit des Akzeptanten. Die Einräumung eines Wechselkontingents stellt sich als Vorvertrag, der ankauf selbst als Hauptvertrag dar.

Die Untersuchung hat gezeigt, daß der Vorvertrag im Bankrecht nur bei einem einzigen Bankgeschäft, der Diskontierung von Wechseln, eine gewisse Bedeutung gewinnt. Insbesondere ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß es einen Vorvertrag gibt, der für eine ganze Spezies von Bankgeschäften von zentraler Bedeutung ist. Wenn auch die Einräumung von Wechselkontingenten im Bankverkehr sehr häufig geschieht so wird man doch dieser Vereinbarung nicht die typische Bezeichnung "Bankvertrag" zusprechen können. Es gibt eine Reihe anderer bankrechtlicher Vereinbarungen, die in zumindest gleicher Häufigkeit auftreten.

LEBENS LAUF

Am 9. März 1933 wurde ich als Sohn des Berufsschuldirektors Altjohann und seiner Ehefrau Hanna, geb. Hassenpflug zu Gummersbach im Oberbergischen Kreis geboren.

1939 wurde ich in Aachen eingeschult. Ab Herbst 1943 bis 1954 besuchte ich mit einer kriegsbedingten Unterbrechung von 1944 bis 1946 das humanistische Kaiser-Karls Gymnasium in Aachen.

Nach dem Abitur im Jahre 1954 trat ich als Banklehrling in die Rhein-Ruhr Bank ein und legte nach zwei Jahren die Kaufmannsgehilfenprüfung ab.

Hierauf folgte 1956 ein siebensemestriges Studium der Rechtswissenschaft, welches ich mit dem ersten juristischen Staatsexamen abschloß.

